



UNIVERSITA' DEGLI STUDI DI VERONA

DIPARTIMENTO DI STUDI GIURIDICI

DOTTORATO DI RICERCA IN

DIRITTO ED ECONOMIA DELL'IMPRESA. DISCIPLINE INTERNE ED  
INTERNAZIONALI

CICLO XXII  
ANNO ACCADEMICO 2009-2010

**TERZO CONTRATTO E STRUMENTI DI TUTELA FORNITI  
ALL' "IMPRENDITORE DEBOLE"**

S.S.D. IUS/01

Coordinatore: Chiar.mo Prof. Lorenzo Picotti

Tutor: Chiar.mo Prof. Francesco Ruscello

Dottoranda: Dott.ssa Maria Margherita Parini

**INDICE:**

## **TERZO CONTRATTO E STRUMENTI DI TUTELA FORNITI ALL'”IMPRENDITORE DEBOLE”.**

### **CAPITOLO PRIMO: IL TERZO CONTRATTO COME CATEGORIA NORMATIVA.**

1. 1. L'Autonomia privata e la tutela del contraente debole.
2. Intervento del legislatore comunitario e tutela del consumatore.
3. L'imprenditore debole.
4. Strumenti diretti a tutelare l'imprenditore debole.
5. Il terzo contratto come categoria giuridica.

### **CAPITOLO SECONDO: ANALISI DELLE FATTISPECIE CONTRATTUALI CHE TIPICAMENTE VEDONO COME PARTE UN IMPRENDITORE DEBOLE E RICERCA DEGLI ELEMENTI DI IDENTITÀ ALL'INTERNO DELLE STESSE.**

1. La legge sulla subfornitura: una svolta nell'ambito della tutela del soggetto debole imprenditore.
2. Il contratto di franchising.
3. Le forme di collaborazione tra le imprese e il contratto di rete.
4. Il contratto di agenzia.

**CAPITOLO TERZO: DISPOSIZIONI CHE PREVEDONO FORME DI CONTROLLO SUL CONTENUTO DEL CONTRATTO. L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA. ORIGINE DELLA DISCIPLINA E AMBITO DI APPLICAZIONE.**

1. Origini della disposizione normativa.
2. Ambito di applicazione.
3. Dipendenza economica.
4. L'abuso di dipendenza economica.
5. Rifiuto di vendere o di comprare e interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.
6. Rimedi.
7. Ordinamenti stranieri.

**CAPITOLO QUARTO: DISPOSIZIONI CHE PREVEDONO FORME DI CONTROLLO SUL CONTENUTO DEL CONTRATTO. L'ART. 7 DEL D.LGS. N. 231/02 ATTUATIVO DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA SULLA LOTTA CONTRO I RITARDI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI.**

1. Breve analisi del decreto legislativo n. 231/02.
2. Una nuova ipotesi di controllo del giudice sull'equilibrio del regolamento contrattuale.
3. La nullità dell'accordo e il potere del giudice di ricondurre ad equità il regolamento contrattuale.
4. La legge di attuazione della Direttiva nell'ordinamento spagnolo.

**CAPITOLO QUINTO: GLI ELEMENTI COMUNI TRA LE DISCIPLINE DI PROTEZIONE E LA VERIFICA DELL'ESISTENZA DI REALI INDICI DELL'ESISTENZA DEL TERZO CONTRATTO. CONCLUSIONI.**

1. Gli obblighi di forma – contenuto e più in generale gli obblighi finalizzati a garantire una maggiore disclosure.
2. La nullità di protezione.
3. Disposizioni che prevedono forme di controllo del contenuto del contratto.
4. Conclusioni.

**CAPITOLO VI: VERIFICA DI ULTERIORI STRUMENTI A TUTELA DELL'IMPRENDITORE DEBOLE.**

1. Strumenti di tutela destinati all'imprenditore.
2. Predisposizione di un regolamento contrattuale squilibrato da un punto di vista economico.
3. Clausole svantaggiose da un punto di vista normativo.
4. Analisi delle singole clausole vietate:
  - a. Patto che attribuisce ad una delle parti, in caso di contratto ad esecuzione continuata o periodica, la facoltà di recesso senza congruo preavviso.
  - b. Patto che riserva ad una parte la facoltà di modificare unilateralmente le clausole del contratto.
5. Previsione di obblighi informativi nella fase precontrattuale.
6. Risoluzione del contratto.

## CAPITOLO PRIMO

### IL TERZO CONTRATTO COME CATEGORIA NORMATIVA.

**SOMMARIO: 1. L'Autonomia privata e la tutela del contraente debole. 2. Intervento del legislatore comunitario e tutela del consumatore. 3. L'imprenditore debole. 4. Strumenti diretti a tutelare l'imprenditore debole. 5. Il terzo contratto come categoria giuridica.**

#### **1. L'Autonomia privata e la tutela del contraente debole.**

La presente trattazione mira a cercare di verificare se sia possibile, mediante un procedimento di astrazione, ricostruire una categoria normativa riguardante i contratti dei quali parte sia un "imprenditore debole". Preliminarmente non pare essere attività inutile ripercorrere, seppur per grandi linee, il percorso attraverso il quale si è arrivati a riconoscere strumenti di protezione a determinati contraenti, considerati "deboli". Il discorso servirà, in particolare, a comprendere il contesto in cui tali discipline di protezione si vengono ad inserire, e, soprattutto, il rapporto intercorrente tra le stesse e il principio cardine del diritto dei contratti, ovvero l'autonomia privata<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Nel vasto panorama da sempre presente sul tema, sembrano d'obbligo almeno i richiami a L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*, Napoli, 1948, p. 54 ss.; L. FERRI, *L'autonomia privata*, Milano, 1959, *passim*; S. PUGLIATTI, voce *Autonomia privata*, in ED, IV, Milano, 1959, p. 366 ss.; F. SANTORO PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, in ED, IV, Milano, 1959, p. 369 ss.; E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 39 ss.; F. CALASSO, *Il negozio giuridico*, Milano, 1967, *passim*; P. RESCIGNO, *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, c. 113 ss.; R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, Milano, 1980, p. 9.

Sulla recente evoluzione della tematica dell'autonomia privata, P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991, p. 170 ss.; M. GIORGIANNI, voce *Volontà*, in ED, XLVI, Milano, 1993, p. 1043 ss.; L. FRANZESE, *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia e eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, p. 771 ss.; A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998, p. 11 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999, *passim*; G. B. FERRI, *Il negozio giuridico*, Padova, 2001, p. 43 ss.; A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 327 ss.; AA.VV., *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006, *passim*; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 314.

L'autonomia privata<sup>2</sup>, tradizionalmente intesa come potere riconosciuto a ciascuno di autoregolamentare i propri interessi mediante il compimento di atti negoziali di contenuto patrimoniale o non patrimoniale<sup>3</sup>, con l'evolversi dell'ordinamento e della società, ha visto

---

Sulla libertà contrattuale, R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, in ED, XII, Milano, 1964, p. 910, dove viene sottolineato che l'autonomia privata era uno dei principi che caratterizzava il diritto civile. Sottolinea che la dicitura "autonomia privata" sarebbe fuorviante, in quanto a detto strumento possono fare ricorso anche soggetti differenti dai privati. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1973, p. 40 ss.; P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 229 ss.; R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 16 ss.; P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 317, il quale sottolinea che sarebbe preferibile parlare di autonomia negoziale; M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 137 ss.

<sup>2</sup> La visione dell'autonomia privata, in quanto regolamentazione di privati interessi, richiama la tradizionale distinzione tra diritto pubblico e diritto privato. In particolare, si riconosceva che i rapporti di diritto privato, a differenza di quelli di diritto pubblico, fossero caratterizzati per una situazione di eguaglianza delle parti, e che gli interessi particolari dovessero essere soddisfatti mediante il ricorso non a tecniche autoritative, ma all'autonomia delle parti, la quale diveniva così uno degli elementi che contraddistinguevano i rapporti di diritto privato rispetto a quelli di diritto pubblico. Sulla distinzione tra diritto pubblico e diritto privato, si rimanda a U. CERRONI, *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Atti del IV Convegno nazionale di filosofia del diritto*, Milano, 1960, p. 355; M. GIORGIANNI, *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim.dir. proc. civ.*, 1961, p. 399 ss.; S. PUGLIATTI, voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in ED, XII, Milano, 1964, p. 696; P. PERLINGIERI, *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.; ID, *L'incidenza dell'interesse pubblico nella negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 933 ss.

<sup>3</sup> Sulla nozione di autonomia privata si possono rinvenire tesi molto differenti tra loro. Alcuni, tra i quali, L. FERRI, *L'autonomia privata*, cit., p. 16 ss., definiscono l'autonomia privata come il potere riconosciuto dall'ordinamento ai privati di darsi norme giuridiche in particolari campi ad essi riservati. In base a tale impostazione, essa può esplicarsi in quanto norme superiori hanno autorizzato i singoli a esercitarla, conferendo loro il corrispondente potere. Potere che, pertanto, non sarebbe originario, ma derivato. Il negozio viene considerato esso stesso fonte normativa, seppur posta al gradino più basso. In ogni caso, la legge rimane fonte della validità del negozio giuridico e ne regola l'esplicazione. In particolare, i sostenitori di tale teoria negano che il negozio sia un fenomeno sociale che diviene poi fenomeno giuridico, ma affermano che esso sia un fenomeno giuridico avente rilevanza sociale. Sostiene, invece, che l'autonomia privata non possa essere concepita come fonte neppure derivata di norme giuridiche e che la volontà sia idonea a produrre effetti per il soggetto solo perché la volontà sovrana che si esprime nell'ordinamento l'ha autorizzata a ciò, F. SANTORO PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, cit., p. 369; ID, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1964, p. 126, dove sottolinea che la volontà dell'individuo non è una volontà sovrana, indipendente; essa è idonea a produrre effetti perché un'altra volontà, sovrana, che si esprime nell'ordinamento giuridico, a ciò l'ha autorizzata. Si veda anche A. CATAUDELLA, *I contratti, parte generale*, Torino, 1994, p. 19, il quale afferma che il riconoscimento ai privati del potere di regolare i propri interessi si spiega tenendo conto che l'ordinamento non può disciplinare autoritativamente tutti i rapporti tra consociati, perché sarebbe impossibile prevedere tutte le situazioni per regolarle. Inoltre, nella maggior parte dei casi, non sussiste un interesse in capo all'ordinamento a che tali rapporti siano regolati in un modo piuttosto che in un altro.

Di diverso avviso, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 41, nel senso che i negozi giuridici avrebbero la propria origine nella vita di relazione, sono atti con i

mutare il suo significato e ridursi il suo contenuto, tanto che vi è chi sostiene si riduca ormai a semplice potere di iniziativa privata<sup>4</sup>.

La visione liberale, propria delle codificazioni ottocentesche, partendo dal presupposto, rivelatosi poi utopistico, che all'interno dei rapporti di diritto privato le parti si trovino in condizione di parità e siano dotate del medesimo potere contrattuale, arrivava a sostenere che queste ultime dovevano essere lasciate libere di stabilire il contenuto della regolamentazione contrattuale<sup>5</sup>; il legislatore non doveva, pertanto, intervenire sul regolamento se non al fine di mettere le parti in condizione di poter esplicare la propria autonomia; inoltre, il giudice non poteva intervenire per sindacare a posteriori il regolamento raggiunto, con particolare riguardo all'equivalenza tra le prestazioni. In questo modo, si riteneva che venisse garantita anche una regolamentazione equa, dal momento che le parti non avrebbero mai acconsentito ad una negoziazione a sé sconveniente<sup>6</sup>. Si negava che il negozio potesse perseguire anche interessi ulteriori rispetto a quelli di cui le parti erano portatrici e le limitazioni poste alla libertà del volere venivano viste come eccezionali, giungendo sino a dubitare che, laddove venissero posti limiti alla libertà

---

quali i privati dispongono per l'avvenire un regolamento di interessi impegnativo. L'autonomia privata, di conseguenza, non si fonderebbe su di un'investitura che proviene dall'alto, ma troverebbe la sua origine nella vita di relazione. Secondo tale impostazione, l'autonomia privata non verrebbe riconosciuta dall'ordine statale come fonte di norme giuridiche, ma come fonte di rapporti giuridici. Ritene che l'autonomia privata si sviluppi in modo originario per conto proprio senza bisogno di preve concessioni da parte dell'ordinamento, P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit. p. 229, dove viene sottolineato che l'autonomia privata è un dato pregiuridico.

Nei rapporti contrattuali, l'autonomia privata si specifica nell'autonomia contrattuale alla quale tradizionalmente vengono ricondotte alcune facoltà. Spesso, in dottrina vengono utilizzati in modo indifferente i termini autonomia privata e autonomia contrattuale, ma, in realtà, la prima ha contenuto molto più ampio, rappresentando la seconda una specificazione della prima. In questo senso, G. GRISI, *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, cit., p. 17; F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Il contratto*, Milano, 2007, p. 11.

<sup>4</sup> In passato, l'autonomia privata veniva intesa come una libertà incondizionata garantita dall'ordinamento ai singoli per il raggiungimento delle loro finalità. Di conseguenza, il negozio risultava espressione del potere sovrano della volontà individuale. In questo senso, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, *passim*, la cui opera parte con l'inciso *libertas est radix voluntatis*. L'idea liberale trovò la sua espressione nell'art. 1134 del Code civil del 1804, in cui al contratto veniva riconosciuta forza di legge.

In ordine al problema relativo alla storicità dei concetti, si rimanda a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 133 ss.

<sup>5</sup> Si v. M. GIORGIANNI, voce *Volontà*, cit., p. 1046.

<sup>6</sup> "Qui dit contractuel dit juste" diceva A. FOUILLÉ, *La science sociale contemporaine*, Paris, 1884, p. 410.

dei soggetti, si potesse parlare di atto di autonomia privata<sup>7</sup>. Inoltre, al fine di contrastare interventi esterni sul regolamento contrattuale, in base alla teoria del parallelismo delle fonti, si sosteneva che tutto ciò che trova la propria fonte nel contratto, non poteva che essere modificato o estinto che per volontà altrettanto libera e forte. La visione liberale aveva come finalità primaria quella di evitare interventi dello Stato, che potessero incidere sull'iniziativa economica privata e, di conseguenza, sul mercato<sup>8</sup>.

Disciplinare il contratto avrebbe comportato incidere indirettamente anche sulla disciplina del mercato<sup>9</sup>, vista la loro stretta correlazione, e la logica del tempo riteneva che solo lasciando il mercato libero di operare, sarebbe stato possibile raggiungere la sua efficienza e comporre i diversi interessi.

Emergeva già nel passato, però, come questa impostazione non risultasse essere condivisibile per varie ragioni: in primo luogo, giacché, l'ordinamento non pare riconoscere in modo incondizionato tutte le esplicazioni di autonomia, ma si riserva sempre un controllo sulle stesse<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> In questo senso, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, cit., p. 55; F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 42 ss.

<sup>8</sup> In tal senso, A. TROMBETTA, *Freedom of contracts: ascesa e caduta di un principio*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 172, il quale afferma che nei primi decenni dell'Ottocento la classe borghese esercitava forti pressioni politiche affinché l'ordinamento offrisse un'ampia autonomia nella gestione delle risorse economiche sulle quali si fondava il suo potere e garantisse la sicurezza del mercato.

<sup>9</sup> Sullo stretto legame sussistente tra mercato e contratto, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 364, dove viene sottolineato che le nozioni di mercato e contratto sarebbero indissolubili.

Al termine "mercato" possono essere attribuiti una pluralità di significati. Nel senso di mercato come insieme attuale o potenziale di contratti, R. NATOLI, *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica "contrattuale"*, in *Giur. it.*, 2003, p. 724.

<sup>10</sup> Si veda, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 49, il quale sostiene che i privati sono liberi nei loro rapporti di perseguire gli scopi meglio rispondenti ai loro interessi, però l'ordine giuridico non presta appoggio all'autonomia privata per il perseguimento di qualunque scopo; esso valuta la funzione sociale che ne caratterizza il tipo, e tratta il regolamento predisposto di conseguenza. Laddove esso non persegua uno scopo reputato degno di tutela, l'ordinamento ignora il negozio e lo lascia a se stesso, sfornito di sanzione giuridica; diversamente lo prende sotto la sua protezione. Nel primo caso, vi sarà un negozio della vita privata in senso sociale ma non un negozio giuridico. P. SCHLESINGER, *L'autonomia privata e i suoi limiti*, cit., p. 230, afferma, invece, che l'ordinamento non riconosce in modo incondizionato gli atti di autonomia, riservandosi, infatti, un controllo sugli stessi per verificare la loro meritevolezza. Di conseguenza, si compierebbe un errore di prospettiva se si vedesse nell'autonomia privata un *prins* e nei limiti posti ad essa dall'ordinamento il *posterius*. In realtà, è vero l'esatto contrario, il *prins* è costituito dalla determinazione da parte dell'ordinamento dei confini entro i quali si preferisce lasciare ai privati un'effettiva discrezionalità di scelta e il *posterius* è rappresentato dal concreto esercizio dei poteri di scelta lasciati ai singoli. Lo stesso modo di identificare il contratto rende chiaro che non si può vedere l'autonomia privata come arbitrio lasciato ai singoli, in quanto il



Inoltre, non vi è dubbio che le parti, di regola, siano i soggetti meglio adatti ad apprezzare i vantaggi e gli svantaggi del loro accordo, in quanto le valutazioni di convenienza dipendono da circostanze che spesso sfuggono anche all'altra parte e sono ignote ai terzi; ma ciò vale solo laddove esse siano libere nella formazione della loro volontà e si trovino effettivamente in condizione di parità<sup>11</sup>. La logica *del laissez faire* e del *laisser contracter* presupponevano, infatti, “un mercato perfetto dominato dalla concorrenza e dove tutti hanno eguale possibilità di accesso alle risorse pienamente liberi e informati”<sup>12</sup>. Nella realtà, difficilmente questi presupposti si realizzano e, di conseguenza, il mercato e i rapporti tra privati finiscono con l'essere regolati dai soggetti dotati di maggiore potere contrattuale e, pertanto, dominato dai rapporti di forza<sup>13</sup>.

---

contratto rappresenta uno strumento di composizione dei conflitti di interesse tra privati. In questo senso, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 14 ss.

<sup>11</sup> Questa visione si rivela, però, utopistica, in quanto le parti, nella realtà, sono frequentemente dotate di un differente potere contrattuale e, di conseguenza, la regolamentazione contrattuale finisce con l'essere squilibrata a favore della parte più forte. Il contratto diviene, di conseguenza, per uno dei soggetti un atto eteroregolamentato. R. CALVO, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2005, p. 14, rammenta che il legislatore ottocentesco si è lasciato sedurre dal tipo ideale d'individuo che univa in sé l'essere commerciante e l'essere cittadino, conformemente al paradigma dell'*homo oeconomicus*. Ma, in realtà, questo modo di vedere non può essere condiviso, dal momento che nella società reale perlopiù solo a un contraente spetta di fatto il potere di imporre il se e il come del contratto; l'altro soggetto agisce come *homo oeconomicus passivus*.

<sup>12</sup> Osserva che, se lasciato libero di operare, il mercato è destinato al fallimento, A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Autonomia privata e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli – Roma, 2006, p. 138; R. CALVO, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 18, sottolinea che, in particolare, la strutturale asimmetria di informazioni rappresenta sicuramente uno dei principali fattori di inefficienza del mercato competitivo, e più in generale delle condizioni di funzionamento della libertà contrattuale, posto che il prezzo fissato dal negoziato individuale presuppone che l'acquirente disponga di tutti gli elementi cognitivi necessari alla ponderata valutazione dell'oggetto.

<sup>13</sup> In questo senso, C.M. MAZZONI, *Principio volontaristico e posizione dei soggetti*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 197 ss. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 472, ricorda che lo sviluppo storico del mercato ha messo in evidenza il progressivo bisogno di direzione etica e giuridica della vita economica. Mentre N. IRTI, *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998, p. 10 ss., sottolinea che il mercato, lasciato libero di operare, si configura come uno strumento di indebolimento delle relazioni sociali. Il mercato non può essere concepito come un luogo naturale ontologicamente precostituito e offerto all'osservatore, ma si presenta a noi attraverso le regole giuridiche che lo costituiscono e che ne innervano l'ordine; ID, in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996, p. 93, definisce il mercato non come un *locus naturalis*, ma come un *locus artificialis*, ossia un sistema di relazioni governato dal diritto, non un istituto originario e spontaneo, ma un istituto giuridico; F. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2006, p. 790.

A partire dal XX secolo, le profonde trasformazioni intervenute nella società, tra le quali il sorgere del sistema capitalistico, il diffondersi di sistemi di monopolio e delle pratiche restrittive volte a falsare la concorrenza, la diffusione della contrattazione di massa, e la conseguente standardizzazione del contenuto del contratto e l'internazionalizzazione dell'economia, fecero crollare definitivamente i postulati dell'ideologia liberale e imposero un cambiamento di prospettive<sup>14</sup>. Lentamente, iniziarono a verificarsi sempre più interventi dello Stato all'interno del diritto dei contratti e in economia, fortemente limitativi della libertà dei singoli, finalizzati a perseguire interessi generali<sup>15</sup>.

Il codice del 1942 mostra chiaramente di non intendere l'autonomia privata come mero arbitrio lasciato alle parti, o come incondizionato potere di autodeterminarsi<sup>16</sup>. L'ordinamento, pur concedendo per alcuni

---

Di diverso avviso, R. SACCO, *Contratto, autonomia, mercato*, cit., p. 21, ritiene che il mercato sia spontaneo, prodotto dall'autonomia, mentre la regolamentazione sia prodotta dall'autorità. G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 841, definisce il contratto come il mezzo di comunicazione e di possibile conciliazione tra impresa, società e mercato.

<sup>14</sup> Con l'avvento del fascismo venne totalmente abbandonata la concezione liberale, e si iniziò a diffondere una concezione secondo la quale l'ordinamento poteva riconoscere rilevanza all'autonomia privata solamente se la stessa perseguiva finalità utili secondo i fini superiori della nazione. Inoltre, la società, a seguito dello sviluppo industriale, iniziò a muovere i primi passi verso il sistema capitalistico. In particolare per quanto attiene agli interventi dello Stato in ambito economico, si rimanda a L. MENGONI, *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996, p. 25 ss., che ricorda che negli anni '60 – '70 veniva attribuito allo Stato il dovere di intervenire in ambito economico al fine di garantirne lo sviluppo. Tale concezione si basava anche su una determinata interpretazione dell'art. 41 Cost. Questa concezione venne meno negli anni '80, anche in virtù della crisi dello Stato sociale, in quanto si avvertì che il numero di interventi pubblici era tale da soffocare il mercato. La svolta si ebbe con l'introduzione della disciplina volta a tutelare la concorrenza.

In R. CALVO, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 35, si afferma che in quel momento storico, in relazione al rapporto di lavoro tra datore di lavoro e operai, la dottrina italiana iniziò a occuparsi dell'inferiorità di fatto di una parte rispetto all'altra. In quel contesto storico e sociale ci si iniziò a rendere conto che non tutti i soggetti avevano il medesimo potere contrattuale a causa di ragioni in questo caso di tipo economico, e si iniziò a sentire l'esigenza di un intervento da parte dello Stato volto a tutelare il soggetto più debole.

<sup>15</sup> Per A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006, p. 3, tale tendenza, protrattasi sino ai giorni nostri, sarebbe una delle più significative linee evolutive del diritto civile contemporaneo. Si pensi ai numerosi interventi dello Stato in economia, a partire dalla fine del '800 sino ad arrivare agli importanti interventi resisi necessari nel primo dopoguerra. Si interroga sulla natura degli atti che intervengono a porre limiti all'autonomia privata, R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., p. 913.

<sup>16</sup> Il codice non ci fornisce una definizione di autonomia privata, e neppure la menziona. Questo è dovuto principalmente al fatto che il nostro legislatore non provvede a disciplinare la figura del negozio giuridico, ma prevede una disciplina generale del contratto, sulle orme di quanto previsto dal *Code Napoléon*. Sulla nozione di negozio giuridico, accanto alla letteratura richiamata in nota 1, v. tra i più recenti e tra

versi ancora molto spazio alla volontà delle parti<sup>17</sup> - si pensi all'art. 1322 c.c. che attribuisce alle parti la libertà di stabilire il contenuto del contratto e anche di porre in essere contratti atipici -, ne prevede, al contempo, una serie di limiti: lo stesso art. 1322 c.c. riconosce la libertà di stabilire il contenuto del contratto soltanto nei limiti imposti dalla legge<sup>18</sup>.

---

gli altri R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 4; M. FRANZONI, *Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Italia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1995, p. 409 ss.; V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005, p. 549 ss. La categoria del negozio giuridico, inteso come atto di volontà diretto ad uno scopo rilevante per l'ordinamento giuridico, elaborata dai giusnaturalisti tedeschi alla fine del '700 e poi fatta propria dalla dottrina pandettistica, ha ricevuto, nel tempo, forti critiche: in primo luogo, è stato sottolineato che è una figura eccessivamente astratta, inidonea a ricomprendere atti di contenuto estremamente differente; in secondo luogo, si è detto che tale figura sarebbe criticabile in quanto espressione di un esasperato individualismo, in questo senso, F. GALGANO, *Teorie ed ideologie del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 83. Molte delle critiche sono state indirizzate contro il valore e il significato dell'elemento della volontà come elemento essenziale del negozio. Si dice, infatti, che la volontà non deve essere vista come elemento essenziale del negozio, ma come presupposto, come fonte dell'autoregolamentazione, che l'ordinamento, per tale sua rilevanza, prende in considerazione dedicandovi un'adeguata disciplina. In questo senso, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 7. Si diceva che il legislatore del 1942 non ha voluto prevedere una disciplina generale in materia di negozio giuridico. In particolare, vi è chi ha sostenuto che questa scelta è stata dovuta alla crisi, percepita dal legislatore, della categoria del negozio stesso, dovuta al venir meno dell'equilibrio tra privato e pubblico, a causa del sempre maggiore dirigismo statale nel campo dei rapporti economici privati, in questo senso, A. DI MAJO, *Contratto e negozio. Linee di una vicenda*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, cit., p. 89 ss. Probabilmente questa scelta è stata anche dovuta al fatto che la categoria del negozio è molto ampia e, pertanto, sarebbe stato arduo prevedere una disciplina generale applicabile a tutti i negozi. Inoltre, si deve tenere presente che il codice del 1942 è caratterizzato da una logica produttivistica, e che il contratto è un tipo di negozio avente come punto di riferimento rapporti giuridici patrimoniali. In questo senso, F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, Milano, 2005, p. 89. In realtà, si deve riconoscere che il negozio giuridico è una categoria del diritto positivo. In questo senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 10. Si deve riconoscere, inoltre, che, in virtù del disposto dell'art. 1324 c.c., la disciplina prevista in sede di contratto possa trovare applicazione anche relativamente agli atti unilaterali aventi natura patrimoniale. In quest'ultima direzione, illuminanti sembrano le pagine di C. DONISI, *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972, *passim*.

<sup>17</sup> L'importanza della volontà in qualche modo viene sottolineata anche dalla disciplina relativa all'interpretazione del contratto, laddove viene previsto che si deve indagare la comune intenzione delle parti. In questo senso, P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973, p. 229.

<sup>18</sup> In particolare, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 11, afferma che l'autonomia privata non deve essere intesa come libertà del volere, ma come potere dato ai privati di darsi regole da sé nell'ambito delle relazioni economiche-sociali. A questo potere l'ordinamento, almeno in apparenza, pone limiti negativi. Per comprendere come suddetti limiti possano conciliarsi con l'autoregolamentazione dei privati interessi, senza rinnegarla, si deve sottolineare che l'autonomia non può essere vista come mero arbitrio, e presuppone sicuramente dei limiti, in primo luogo, quello fondamentale del rispetto dell'altrui sfera di azione. In questo senso, R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., p. 911, dove si legge che l'autonomia dell'individuo postula di per sé l'esistenza di limiti, in primo luogo quelli che risultano dall'esigenza di assicurare la coesistenza delle varie sfere di libertà individuale. In realtà, in questo caso non si tratterebbe di veri e propri limiti, rappresentando gli stessi suoi aspetti essenziali.

Il legislatore del 1942 prevede non solo limiti esterni, consistenti nel controllo di liceità, volti a sanzionare l'inserimento all'interno del regolamento di determinate clausole o previsioni in contrasto con le norme imperative, l'ordine pubblico o il buon costume; ma anche un limite in senso positivo, un limite "interno": l'atto di autonomia, infatti, per venir riconosciuto dall'ordinamento deve perseguire finalità reputate meritevoli di tutela<sup>19</sup>. Non solo: ma tramite l'integrazione del contratto, fenomeno che

---

Tali limiti variano di volta in volta, secondo gli interessi che devono essere tutelati. Già nel codice del 1942 se ne rinvenivano moltissimi alla libertà di stabilire il contenuto dell'atto di autonomia, basti pensare ai numerosi limiti dettati in sede di disciplina delle successioni *mortis causa*; oppure in relazione ai rapporti familiari. R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., p. 911, sostiene che non possono essere considerati veri e propri limiti neppure le condizioni previste dall'ordinamento affinché l'individuo possa realizzare le sue finalità, come gli oneri di forma o di pubblicità. Veri e propri limiti sussistono quando una norma restringe la libertà di scelta dei fini dell'azione, o della qualità del comportamento, al fine di realizzare interessi della collettività. Tali limiti operano in senso negativo, e sono, per esempio, rappresentati dalle norme imperative o dall'ordine pubblico. Si riconoscono dei limiti a quelle che sono tradizionalmente individuate come le facoltà caratterizzanti l'autonomia contrattuale. In particolare, alla libertà di decidere se contrarre, basti pensare al monopolista, oppure a chi gestisce pubblici servizi di linea. Lo stesso vale anche in caso di assicurazione obbligatoria per gli autoveicoli e i natanti a motore, dal momento che gli artt. 122 e ss. del d.l. n. 209/2005 prevedono che tutti i proprietari di suddetti mezzi hanno l'obbligo di stipulare un contratto di assicurazione contro i danni arrecati a terzi in seguito alla circolazione. Mette in dubbio che in questi casi si possa parlare di atto di autonomia privata, SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 13, l'A. sottolinea che si potrebbe parlare piuttosto di un atto giuridico in senso stretto (atto dovuto), anche se, alla fine, conclude che si tratti di atto di autonomia privata dal momento che la parte potrebbe rifiutarsi di concluderlo soggiacendo così alle sanzioni previste. In tema di obblighi di contrarre, si v. P. BARCELLONA, *Obbligo di contrarre. Disciplina anti-trust e tutela del consumatore-acquirente*, Padova, 1969, *passim*. Vengono previsti limiti legali anche alla libertà di scelta della controparte: si pensi alla ipotesi di prelazione legale. Si presta inoltre, in alcuni casi, attenzione al ruolo assunto dal soggetto nell'ambito delle relazioni sociali in cui opera. Si pensi al monopolista o all'oligopolista o all'incaricato di un pubblico servizio.

<sup>19</sup> R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., p. 911, sottolinea che solo in un secondo momento sono state introdotte una serie di limitazioni molto più penetranti dei limiti negativi. Si condiziona l'esercizio della situazione soggettiva alla realizzazione di una finalità superindividuale e, pertanto, si modifica l'intrinseco contenuto della situazione stessa. Si tratta di una nuova prospettiva che attiene al momento intrinseco delle situazioni soggettive. In relazione alla prassi giurisprudenziale in ordine al controllo di meritevolezza, M. COSTANZA, *Meritevolezza di interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e Impresa*, 1987, p. 423 ss., afferma che dall'esame delle pronunce della giurisprudenza emerge che vi è poca chiarezza e uniformità di opinione sia sull'oggetto della valutazione, sia sui criteri da impiegare. Per quanto attiene ai criteri da seguire nel giudizio di meritevolezza, i sostenitori della teoria liberale cercavano di svuotare di significato il giudizio di meritevolezza, affermando che poteva semplicemente servire da filtro tra le promesse frivole e capricciose e quelle invece sorrette da un'adeguata causa giustificativa. In questo senso, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. 203, dove l'A. era arrivato a sostenere che il giudizio di meritevolezza fosse discriminatorio, e, pertanto, in contrasto con l'art. 3 cost., laddove gli si volesse attribuire un significato diverso dall'art. 1343 c.c., ovvero come un controllo limitato ad accertare la non contrarietà del negozio all'ordine pubblico, norme imperative e buon costume. Del medesimo avviso era anche G. GORLA, *Il contratto*, Milano, 1953, p. 227. Diversamente, E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, cit., p. 49, sottolineava che i contratti

manifesta il sempre maggiore intervento del legislatore sulla regolamentazione contrattuale, in caso di lacune nel regolamento stesso oppure in contrasto con quanto previsto dalle parti, fonti differenti dall'accordo, come la legge, gli usi e l'equità, possono intervenire sul regolamento contrattuale, alla stregua di interventi correttivi esterni, prevedendo effetti ulteriori<sup>20</sup>. Si verifica, pertanto, un fenomeno nuovo di

---

potevano trovare giuridica protezione solo se sorretti da una causa rispondente all'utilità sociale. Attualmente, si deve riconoscere che tale giudizio deve essere svolto avendo come parametri i principi costituzionali: in questo senso, M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975, p. 97 ss. Si discuteva in particolare se il giudizio di meritevolezza dovesse riferirsi alla causa oppure al tipo. In quest'ultimo senso, F. GAZZONI, *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 53. Molti, di conseguenza, sostengono che al giudizio di meritevolezza debbano essere sottoposti solo i negozi atipici, essendo la valutazione di meritevolezza in ordine ai negozi tipici già stata svolta dal legislatore. In senso critico, fra gli altri, v. F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, cit., p. 98. Diversamente, ritengono che il giudizio di meritevolezza investa la causa e più nello specifico la causa in concreto e che, pertanto, a tale giudizio debbano essere sottoposti anche i negozi tipici, P. PERLINGIERI, *Manuale di diritto civile*, cit., p. 416; F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Il contratto*, cit., p. 25 ss.

<sup>20</sup> M. GIORGIANNI, voce *Volontà*, cit., p. 1078, osserva che il fenomeno dell'integrazione sottrae sempre più spazio alla volontà delle parti; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, 2 ed., *passim*. In dottrina si discute se l'integrazione sia un fenomeno che attiene al contenuto del contratto oppure agli effetti prodotti dallo stesso. Parte della dottrina ritiene che a differenza dell'interpretazione che riguarda il significato da attribuire alla volontà delle parti, l'integrazione sia diretta a far scaturire dal regolamento contrattuale effetti diversi che non possono essere tratti dalla semplice interpretazione. In questo senso F. MESSINEO, voce *Contratto*, in *ED*, IX, Milano, 1961, p. 936. I sostenitori di tale teoria arrivano a questa conclusione, partendo, innanzi tutto, dalla collocazione della disposizione. Di contrario avviso, coloro che ritengono che sia una finzione il fatto che l'integrazione andrebbe ad incidere soltanto sugli effetti. Le differenti fonti del regolamento contrattuale, pertanto, convergono in una realtà unitaria, in cui non è possibile scindere il contenuto e gli effetti. In questo senso, F. GALGANO, *Gli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1993, p. 63; F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007, XIII ed., p. 779 ss. In primo luogo, fonte di integrazione è la legge, la quale può svolgere una funzione di integrazione suppletiva oppure cogente. In quest'ultimo senso, ha suscitato molto interesse la previsione contenuta nell'art. 1339 c.c., la quale prevede l'inserzione automatica all'interno del contratto di determinate clausole anche in deroga a quanto previsto dalle parti. Queste previsioni furono accolte con forti critiche da parte della dottrina, tra cui, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, cit., p. XXIII, dove viene affermato che l'art. 1339 c.c., e la disciplina del contratto di lavoro costituiscono una grave prevaricazione delle ragioni dello Stato sulle ragioni dell'individuo. In particolare, viene criticata l'inserzione automatica di clausole perché in questo caso l'autonomia delle parti riceve particolari limitazioni in quanto, a differenza di altri casi dove il legislatore impone alle parti di prevedere un particolare contenuto a pena di nullità, rispecchiando in qualche modo la volontà dei soggetti, posto che le parti hanno pur sempre la possibilità di non contrarre; in questo caso il legislatore impone alle parti di tener fermo il vincolo così come disciplinato dal legislatore. Pertanto, l'Autore conclude che la previsione dell'inserzione automatica di clausole manifesta l'ideologia statualistica propria del fascismo. In realtà, il problema tra la sostituzione e l'autonomia delle parti è tuttora particolarmente delicato. In questo senso, G. DE NOVA, *Il contratto ha forza di legge*, Milano, 1993, p. 12 ss.

Di particolare interesse poi risulta il ruolo della buona fede in funzione integrativa. In passato vi era chi negava che la buona fede potesse avere funzione integrativa, ritenendo che la stessa potesse solo correggere il giudizio di formale rigidità del

comportamento alla legge. In questo senso, U. NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974, p. 27. In ogni caso, dottrina e giurisprudenza maggioritarie ritengono che la buona fede non opererebbe solo quale canone attraverso il quale valutare la condotta delle parti, ma anche in fase integrativa, imponendo alle parti l'esecuzione di prestazioni che non sono specificatamente previste ma che in concreto si rendano necessarie per la soddisfazione degli interessi della controparte in conformità al principio di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. C. MIRIELLO, *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 284 ss; S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 117 ss.; V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2004, p. 185, sottolinea che anche se l'art. 1374 c.c. non menzionerebbe espressamente la buona fede, non si può dubitare che anche la buona fede possa essere implicitamente richiamata dalla norma in questione in virtù del richiamo alla legge quale fonte di integrazione. In relazione a questo aspetto, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 501, dove viene affermato che la buona fede è una regola obiettiva, che concorre a determinare il comportamento dovuto. La buona fede, però, non impone un comportamento a contenuto prestabilito, ma è una clausola generale, che si specifica nei canoni della lealtà del comportamento e della salvaguardia degli interessi della controparte nei limiti di un apprezzabile sacrificio, e che richiede comportamenti diversi, positivi o omissivi, in relazione alle concrete circostanze di attuazione del rapporto. In giurisprudenza in tal senso, Cass., 9.03.91, n. 2503, in *Foro It.*, 1991, I, 2077, secondo la quale, anche se riferita al momento esecutivo - come nel caso di specie - la buona fede conserva la sua funzione di integrazione del rapporto, quale regola obiettiva che concorre a determinare il comportamento dovuto. Non è subordinata a specifiche previsioni contrattuali, ma, anzi, può anche imporre alle parti di operare in modo difforme e contrastante da quanto stabilito nel contratto. In altre parole, nell'esecuzione del contratto (e del rapporto obbligatorio) la buona fede si atteggia come un impegno od obbligo di solidarietà, che impone a ciascuna delle parti di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra a prescindere da specifici obblighi contrattuali e dal dovere extracontrattuale e generale del "neminem laedere". Di notevole interesse, Cass., 5.11.99, n. 12310, in *Mass. Giur. It.*, 1999, secondo la quale: "Il principio di correttezza e buona fede, il quale secondo la Relazione ministeriale al codice Civile, "richiama nella sfera del creditore la considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore il giusto riguardo all'interesse del creditore", operando, quindi, come un criterio di reciprocità, una volta collocato nel quadro di valori introdotto dalla Carta costituzionale, deve essere inteso come una specificazione degli "inderogabili doveri di solidarietà sociale" imposti dall'art. 2 cost. La sua rilevanza si esplica nell'imporre, a ciascuna delle parti del rapporto obbligatorio, il dovere di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra, a prescindere dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali o di quanto espressamente stabilito da singole norme di legge". In questo modo si arriva a riconoscere che non solo la parte deve tutelare interessi della controparte che emergono dal contratto, pur in mancanza di un'espressa previsione, ma anche interessi estranei al contratto, che possono attenere, ad esempio, alla sfera personale, o della salute, oppure anche interessi riferibili a terzi, come nel caso dell'obbligo di protezione. In ogni caso vi sono dei limiti entro i quali la parte può essere tenuta al compimento di comportamenti non espressamente previsti: infatti, come sottolinea Cass. civ., 9 marzo 1991, n. 2503, cit., "Questo impegno di solidarietà, proiettato al di là del contenuto dell'obbligazione e dei doveri di rispetto altrui, trova il suo limite nell'interesse proprio del soggetto, il quale è quindi tenuto - secondo buona fede - a compiere quegli atti giuridici e/o materiali che si rendono necessari al fine di salvaguardare l'utilità dell'altra parte, ma nella misura in cui si tratti di atti che non comportano un apprezzabile sacrificio a suo carico". Per quanto attiene alla violazione degli obblighi che derivano dalla buona fede, non si può non concludere che colui che effettua l'infrazione sia esposto ai medesimi rimedi che vengono previsti avverso l'inadempimento degli obblighi contrattuali. Infine, l'art. 1374 c.c. prevede quale fonte di integrazione l'equità, che esprime l'esigenza di equilibrio contrattuale ovvero che i singoli interessi siano temperati in relazione all'economia dell'affare. C.M. BIANCA, *Diritto civile. I contratti*, cit., p. 519, afferma che l'equità è un precetto di giustizia contrattuale che ha come destinatari le parti e che trova applicazione al fine di integrare le lacune del regolamento contrattuale. Le parti, nondimeno, non sono tenute nella loro regolamentazione ad

intervento da parte del legislatore nella regolamentazione dei rapporti tra privati, volto a perseguire con il contratto interessi ulteriori, così che il contratto non può più essere inteso come diretto unicamente a perseguire gli interessi delle parti stesse<sup>21</sup>. Tali finalità, in conformità ai valori di fondo propri dell'epoca, rispondevano, per lo più a interessi di carattere economico<sup>22</sup>.

Per quanto attiene, nello specifico, al contraente debole, va detto che tale figura era sconosciuta al codice del 1942. Gli interventi previsti dal legislatore miravano a realizzare altre finalità e una tutela di questo soggetto poteva, eventualmente, realizzarsi solo in via indiretta. Non gli veniva fornita alcuna tutela di tipo sostanziale che intervenisse a priori o a posteriori al fine di garantire che il regolamento non fosse squilibrato dal punto di vista normativo o economico, a vantaggio della parte “forte”, se

---

attenersi all'equità, tale criterio interviene solamente laddove rimangano delle lacune non definibili mediante gli altri criteri di integrazione. L'equità, pertanto, può essere disattesa.

L'integrazione non deve, però, essere vista come qualcosa che va a snaturare il contratto perché comunque l'autonomia privata ne rappresenta il motore. C. SALVI, *Introduzione*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 39.

<sup>21</sup> L'integrazione manifesta questa nuova tendenza del legislatore ad intervenire nella regolamentazione dei rapporti patrimoniali tra privati, e nella direzione di affari economici, per realizzare finalità generali di ordine politico, sociale ed economico. In questo senso, R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 11. Ad esempio, prevedendo l'inserzione automatica di clausole che impongono un determinato prezzo si garantisce maggiore stabilità dei prezzi. In questo senso, P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 232; A. CATAUDELLA, *I contratti, parte generale*, cit., p. 19, dove viene sottolineato che l'indifferenza dell'ordinamento verso il modo di risoluzione del conflitto non è costante, e di conseguenza, si giustificano gli interventi del legislatore in contrasto con essa. Da un lato, pertanto, si deve prendere atto di un sempre maggiore intervento del legislatore sulla regolamentazione raggiunta dalle parti. Dall'altra parte, però, l'A. sottolinea che vi è anche un'espansione dell'utilizzo dello strumento contrattuale e l'acquisizione da parte di questo di nuove funzioni e, di conseguenza, vi è stato un ampliamento della sfera di operatività dell'autonomia privata: si pensi al diritto del lavoro, all'interno del quale, in virtù degli accordi tra governo e sindacati, il contratto diviene strumento di programmazione economica. Inoltre, gli strumenti di diritto privato vengono sempre più utilizzati anche da soggetti pubblici per il perseguimento di interessi pubblici.

<sup>22</sup> L'equità sicuramente non rientrava tra le finalità dell'ordinamento. In questo senso, per tutti, A. CATAUDELLA, *I contratti, parte generale*, cit., p. 260, ribadisce che tendenzialmente per l'ordinamento è indifferente che l'assetto dei contratti di scambio sia equilibrato. Il richiamo fatto dall'art. 1374 c.c. non deve, infatti, indurre a ritenere che sia ammesso alcun sindacato in termini di giustizia dello scambio sul regolamento raggiunto, esso rappresenta semplicemente un parametro residuale a cui ricorrere in via interpretativa per contemperare i differenti interessi. F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 792, sottolinea che potrebbero esservi dei casi in cui il potere giudiziale potrebbe andare al di là del mero intervento di tipo residuale e suppletivo.

non in situazioni patologiche e in presenza di determinati presupposti<sup>23</sup>. In particolare, l'iniquità non rilevava laddove fosse il risultato fisiologico della diversa forza contrattuale delle parti<sup>24</sup>. L'unico strumento che veniva predisposto per tutelare un contraente debole per ragioni socio economiche era rappresentato dalla disciplina delle condizioni generali del contratto<sup>25</sup>, introdotta al fine rispondere alle nuove esigenze emerse nella

---

<sup>23</sup> Vengono predisposti rimedi contro i contratti economicamente squilibrati, solo nel caso in cui essi siano stati conclusi in situazione di patologia sociale. In questo senso, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 780, dove si legge che la violazione del criterio equitativo viene ritenuta rilevante solo quando l'iniquità ha causa, non in una libera e consapevole scelta delle parti, ma, ad esempio, nell'incapacità naturale del contraente, o nella sua eccezionale situazione di bisogno o di necessità. In realtà, appare chiaramente che la tutela concessa alla parte debole, anche in condizione patologiche, è ancorata a precisi presupposti e trova forti limiti nella tutela dell'affidamento della controparte. Sicuramente anche in questi casi il legislatore vuole intervenire per mettere in condizione le parti di poter esplicare la loro autonomia privata. In queste ipotesi era più facile riconoscere la possibilità di derogare all'idea per la quale le parti sono in condizioni di parità. Anche la disciplina della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità ne rappresenta in qualche modo un esempio, dal momento che anche in questo caso si può dire che l'iniquità è dovuta a circostanze eccezionali ed esterne alle parti (1467 c.c.).

In particolare, L. CORSARO, *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Milano, 1979, *passim*, sostiene che l'incapacità e i vizi della volontà determinerebbero una mancanza di libertà di autodeterminarsi in capo al contraente e quindi una situazione di debolezza contrattuale; ID, *Sulla "ratio" degli artt. 1447, 1448, 1438, 428, 2° comma del codice civile. Studio dell'approfittamento nel contratto*, Padova, 1974, *passim*, dove viene affermato che tali disposizioni non mirano solo a tutelare la parte considerata come contrattualmente più debole, ma anche a sanzionare l'abuso che la controparte fa dello stato di minorazione del volere della controparte, il cui fondamento potrebbe rinvenirsi nel principio di solidarietà sociale.

In realtà, altri sostengono che la disciplina dei vizi della volontà non possa essere ritenuta espressiva di un principio di divieto di abuso dell'altrui situazione di debolezza volitiva, dal momento che la tutela viene fornita alle ipotesi normativamente tipizzate. In questo senso, A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, cit., p. 68.

In ordine al rapporto tra i vizi della volontà e la volontà si rimanda a M. GIORGIANNI, voce *Volontà*, cit., p. 1047 ss., il quale ritiene che il codice civile in relazione ai problemi di fatto che impediscono un'effettiva libertà contrattuale non sarebbe andato oltre alla considerazione alle cause che alterano la volontà in senso psicologico. Per lungo tempo il nostro ordinamento non ha apprestato alcun rimedio se l'iniquità è il frutto della diversa forza contrattuale dei contraenti (c.d. contratti con contenuto imposto). In questo senso, A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia privata*, Milano, 1971, p. 17; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966, p. 336.

<sup>24</sup> I primi passi in questo senso sono stati mossi soltanto in seguito all'intervento dal legislatore comunitario.

<sup>25</sup> Le condizioni generali del contratto consistono in clausole predisposte unilateralmente da una delle parti, la quale le utilizza in un numero indefinito di rapporti contrattuali, con la conseguenza che la regolamentazione, di regola, risulta essere maggiormente favorevole per il predisponente. La norma prevede, in primo luogo, l'inefficacia di suddette clausole, laddove non conosciute o conoscibili da parte dell'aderente. Più in particolare, poi, per quelle clausole particolarmente sfavorevoli, viene previsto che sia necessaria la loro specifica approvazione per iscritto, pena l'inefficacia delle clausole stesse. La previsione di una sottoscrizione serve a richiamare l'attenzione dell'aderente su clausole particolarmente limitative della autonomia privata. Si v., V. RIZZO, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli,



società a causa della diffusione della contrattazione di massa<sup>26</sup>. Si assiste, infatti, ad una lenta trasformazione delle modalità di contrattazione, resa necessaria dalle trasformazioni avvenute in economia, a fronte delle quali gli schemi tradizionali si rivelano ormai inadeguati<sup>27</sup>. Il regolamento contrattuale non viene più predisposto di comune accordo dalle parti, a seguito della fase delle trattative, ma viene, di fatto, imposto da una delle parti, che è in genere un imprenditore. L'idea liberale che le parti siano i migliori giudici dei loro interessi si scontra con l'esperienza dalla prassi delle condizioni generali, che spesso si manifestano come strumenti di sopraffazione della parte economicamente più forte ai danni dell'altra. Di conseguenza, il legislatore decise di intervenire al fine di fornire una tutela all'aderente, ponendolo nelle condizioni di poter scegliere in modo consapevole, salvaguardando così la propria autonomia<sup>28</sup>. Sicuramente l'art.

---

1983, *passim*; S. PATTI, *Le condizioni generali del contratto e i contratti dei consumatori*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 325 ss.

<sup>26</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 342 ss., afferma che la disciplina delle condizioni generali crea dei problemi in relazione ai principi comuni, dal momento che, in questo caso, essendo il contenuto dello stesso predeterminato unilateralmente da una parte, pare difficile sostenere che, in questi casi, il contratto rappresenti realmente il frutto dell'accordo tra le parti. Tale fenomeno ha fortemente contribuito a determinare un declino del ruolo della volontà nella determinazione del rapporto contrattuale, dal momento che, di fatto, essa è predisposta da una sola delle parti. In questo senso, M. GIORGIANNI, voce *Volontà*, cit., p. 1078. In qualche modo viene meno l'idea del contratto come luogo di composizione dei contrapposti interessi, dal momento che il contenuto del contratto viene di fatto imposto da un soggetto a un altro. In questo senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 344. In particolare, G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 805, sottolinea che le condizioni generali finiscono con il travolgere il concetto di contratto come autoregolamento, e quindi come ponderata composizione degli interessi contrapposti. Alcuni dicono che, in realtà, questa disposizione presuppone in qualche modo il modello contrattuale di ispirazione liberale, dal momento che cerca dei correttivi. In questo senso, A. BARBA, *Libertà e giustizia contrattuale*, cit., p. 13. A. GENOVESE, *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954, *passim*, dove viene sottolineato che, in realtà, la disciplina predisposta per le condizioni generali del negozio non mirerebbe a tutelare il contraente debole, in quanto in questi casi non necessariamente vi sarebbe una parte debole, assoggettata all'altra, la cui autonomia verrebbe ridotta dalla predisposizione delle condizioni generali. In realtà, infatti, le condizioni generali rappresenterebbero semplicemente un nuovo modo di contrattare messo a disposizione di tutti.

<sup>27</sup> In qualche modo le trasformazioni avvenute nella società e nel mercato non hanno più consentito il ricorso agli schemi tradizionali. Difficilmente, ormai, si assiste ad una fase delle trattative intesa tradizionalmente. L'imprenditore si serve, ormai, di modalità di conclusione del contratto che gli consentano di utilizzare uno schema negoziale fisso, al fine di ridurre i costi necessari per le trattative, e anche per amministrare meglio il rischio dell'affare e semplificare la sua organizzazione aziendale. L'impresa ha bisogno di pianificare i processi produttivi e quelli di distribuzione e per questo si arriva alla standardizzazione dei contratti.

<sup>28</sup> R. CALVO, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 69, sottolinea che il codice civile si è mostrato all'avanguardia

1341 c.c. rappresenta una tappa importante, ma la tutela che offre, riducendosi ad una tutela meramente formale, è ben poca cosa<sup>29</sup>.

Con l'avvento della Costituzione vengono affermati nuovi valori e, di conseguenza, la disciplina codicistica e lo stesso principio dell'autonomia contrattuale devono essere riletti alla luce di questi ultimi. Si pensi solamente al giudizio di meritevolezza che vede mutare i parametri di riferimento a cui deve commisurarsi<sup>30</sup>. Per quanto attiene all'autonomia privata, quest'ultima non viene espressamente disciplinata dalla Costituzione, ma trova all'interno della stessa molteplici fondamenti. Con particolare attenzione ai rapporti di carattere economico, si deve far riferimento all'art. 41 Cost.<sup>31</sup>, che prevede la libera iniziativa economica, ma, al contempo, consente che siano posti limiti alla stessa laddove l'attività economica si ponga in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recar danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana<sup>32</sup>. Il contratto

---

prevedendo la disciplina in questione, dal momento che, in anteprima, ha introdotto una serie di regole concernenti il contratto seriale.

<sup>29</sup> L'onere della specifica approvazione per iscritto si dice essere risultato un'arma tendenzialmente spuntata e inadatta a riequilibrare il meccanismo contrattuale, di fronte alla sostanziale espropriazione della propria autonomia di regolamentazione a danno dell'aderente. Nel senso dell'inadeguatezza di una tutela meramente formale, C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 368 ss., dove viene sottolineato che la tutela data all'aderente non gli garantisce una reale protezione, in quanto lo tutela solamente dalla sorpresa, non dandogli, in ogni caso, una tutela sostanziale contro l'imposizione abusiva di clausole gravose. Inoltre, va rilevato che spesso l'aderente non ha altra scelta, dal momento che potrebbero esserci situazioni di monopolio, o comunque le condizioni generali praticate in un medesimo settore spesso sono le medesime. Va però rilevato che tale disciplina mira ad apprestare forme di tutela all'aderente solo laddove tali condizioni siano utilizzate verso la generalità dei soggetti, non rilevando, invece, nel caso in cui clausole particolarmente gravose siano utilizzate su un piano individuale. L'ordinamento, infatti, pare essere indifferente al ricorso ad una regolamentazione squilibrata laddove non venisse in rilievo un fenomeno collettivo. Nello stesso senso, R. CALVO, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 8.

Sui temi in esame, si veda ampiamente V. RIZZO, *Trasparenza e "contratti dei consumatori" (la novella al Codice civile)*, Napoli, 1992, *passim*; ID, *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, cit., 64 ss.

<sup>30</sup> F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 56, sottolinea che con la Costituzione aumenta ancor più l'esigenza che il contratto diventi mezzo per l'attuazione di un giusto ordine sociale.

<sup>31</sup> Sull'iniziativa economica privata, per un esame del problema e per i necessari riferimenti di letteratura, v., per tutti, F. GALGANO, *sub art. 41*, in F. GALGANO e S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, Bologna, 1982, p. 1 ss.

<sup>32</sup> L'autonomia privata trova nella Costituzione una pluralità di fondamenti, secondo il tipo di attività posta in essere. Attualmente, si discute in dottrina se la libertà negoziale sia oggetto di tutela costituzionale in quanto tale. C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 31, sottolinea che l'autonomia privata costituirebbe uno dei valori fondamentali dell'ordinamento. Per quanto attiene al fondamento costituzionale della stessa, secondo alcuni rientrerebbe nel diritto di esplicare la propria personalità e di conseguenza troverebbe tutela negli artt. 2 Cost. In questo senso, tra gli altri, G.

diviene, così, espressione di un'iniziativa non in sé e per sé meritevole di tutela, ma necessariamente sottoposta a valutazioni e a controlli<sup>33</sup>. La concezione in base alla quale solo il singolo può essere giudice dei suoi interessi non può più essere condivisa, dal momento che la sua libertà si "scontra" con altre libertà e si inserisce in un ordinamento che si ispira principalmente al valore della solidarietà sociale, quale valore di fondo della Costituzione<sup>34</sup>. La libertà negoziale, come tutte le libertà, deve essere inserita nel contesto di valori costituzionali gerarchicamente ordinati: di conseguenza, deve soggiacere al principio di solidarietà riconosciuto dall'art. 2 della Costituzione, che impone di privilegiare le istanze di solidarietà rispetto alla libertà individuale, e che si esprime, in primo luogo, nel principio di eguaglianza di cui all'art. 3 Cost., primo e secondo comma. Il principio di eguaglianza impone allo Stato di intervenire per rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale che limitano l'eguaglianza e la libertà di fatto dei cittadini; di conseguenza, lo Stato è tenuto a intervenire laddove l'autoregolamentazione degli interessi divenga

---

GUARINO, *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, p. 32. Alcuni rivendicano il suo fondamento nell'art. 3 Cost. Diversamente, si sostiene che tale libertà non trovi tutela costituzionale in quanto tale. In questo senso, Corte cost., n. 37 del 21 marzo 1969, in *Foro it.*, 1969, I, c. 781. Si dice che troverebbe solo una tutela indiretta nella costituzione agli artt. 41 e 42 Cost. In dottrina, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2004, p. 84; A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, cit., p. 328, ritiene che la tutela costituzionale dell'autonomia privata sia solo indiretta e consegua al riconoscimento di altre situazioni giuridiche soggettive, in relazione alle quali il riconoscimento dell'autonomia negoziale si pone come strumentale e servente. Si deve concludere che, in realtà, gli atti di autonomia abbiano fondamento costituzionale, ma questo fondamento sia differente a seconda degli interessi sottesi a tali atti. In questo senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 327. In particolare, è stato sostenuto che, per quanto riguarda i rapporti economici, l'autonomia privata troverebbe tutela indiretta nell'art. 41 Cost.: in tal senso, Corte cost. 23 aprile 1965, n. 30, in *Giur. cost.*, 1965, p. 283. In dottrina, F. CARINGELLA E G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Il contratto*, cit., p. 8. Anche il mercato non può più essere visto soltanto come luogo di scambi, ma, ai sensi dell'art. 41 della costituzione, come luogo di conciliazione di differenti interessi al fine di perseguire l'utilità sociale. In questo senso G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 421. A. PACE, *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, cit., 1993, p. 328, sottolinea che la Costituzione non garantisce il mercato in quanto tale, il valore sotteso alla disciplina costituzionale delle attività economiche non è infatti la libertà di mercato, ma è la libertà di iniziativa economica.

<sup>33</sup> P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 552, dove si afferma che "In uno Stato sociale di diritto, contratto e controllo sono destinati a convivere". R. TOMMASINI (a cura di), in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, Torino, 2007, p. XVII, dove viene sottolineato che "L'autonomia non perde la sua identità ma emerge e si riafferma nel quadro di una nuova assiologia aggregante, che si dimensiona non solo nel mercato e nella sua efficienza, ma sul piano dei valori".

<sup>34</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 33.

uno strumento di abuso da parte di un soggetto a danno degli altri<sup>35</sup>. In base a queste previsioni, trovano giustificazione interventi limitativi dell'autonomia privata volti a tutelare la parte debole del rapporto contrattuale<sup>36</sup>. La tutela, però, viene riconosciuta solamente laddove l'ingiustizia della regolamentazione divenga un fenomeno generalizzato causato da una diseguaglianza socio economica<sup>37</sup>, essendo sostanzialmente indifferente all'ordinamento, in quanto non incidente sull'utilità sociale, l'approfittamento riguardante un singolo rapporto contrattuale (così detto approfittamento episodico).

In quest'ottica, di notevole rilevanza appare l'introduzione del legislatore di alcune leggi speciali<sup>38</sup> come gli interventi della legislazione sociale in materia di diritto del lavoro volte a tutelare il lavoratore, contraente debole per antonomasia<sup>39</sup>. Nello stesso senso, si sono mossi gli interventi del legislatore comunitario, sui quali si avrà modo di tornare inseguito, finalizzati alla tutela di determinate categorie di soggetti reputati "deboli".

A seguito di tali interventi eterodeterminativi, si è posto il problema di comprendere quale fosse l'attuale valore del principio di autonomia privata. Per molto tempo, la dottrina ha cercato di sminuire la portata di

---

<sup>35</sup> Da subito appare difficile rendere compatibile l'esistenza del principio di libertà contrattuale, inteso come piena libertà lasciata ai singoli di determinare i propri interessi al fine di accettare un regolamento ritenuto conveniente, con il principio di eguaglianza che tende a garantire a tutti i soggetti una reale condizione di parità e, pertanto, dovrebbe consentire un controllo di merito del regolamento posto in essere dalle parti onde colpire abusi del potere del contraente più forte. In questo senso, A. LISERRE, *Tutele costituzionali dell'autonomia privata*, cit., p. 17; G.B. FERRI, *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, cit., p. 18.

<sup>36</sup> In ogni caso, l'autonomia privata rimane pur sempre una libertà della persona riconosciuta dalla Costituzione e, pertanto, le limitazioni ad essa devono trovare un'effettiva giustificazione. In questo senso, F. CARINGELLA E G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Il contratto*, cit., p. 9, F. GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, cit., p. 788.

<sup>37</sup> C. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 371.

<sup>38</sup> La l. 27 luglio 1978, n. 392 pone significativi limiti all'autonomia privata, si pensi all'art. 79 che vieta, in relazione agli immobili ad uso non abitativo, le pattuizioni dirette a limitare la durata legale del contratto, a maggiorare il canone o ad attribuire al locatore altri vantaggi in contrasto con le disposizioni della legge. I rapporti di locazione sono in gran parte sottratti all'autonomia privata. Oppure, in materia di contratti agrari, il legislatore detta disposizioni molto dettagliate, che appaiono finalizzate a dare particolare tutela a coloro che lavorano il fondo. La disciplina riguardante il rapporto di lavoro lascia ben poco spazio all'autonomia del singolo, essendo in gran parte disciplinato o dalla legge o dai contratti collettivi.

<sup>39</sup> Il codice del 1865 non prevedeva una disciplina neppure in relazione al contratto di lavoro. Non si regolava, in particolare, il lavoro industriale, perché si riteneva che in questo campo l'autonomia dovesse regnare sovrana. Solo a fine XIX, a seguito dell'aggravarsi della questione sociale, lo Stato si vide costretto a intervenire attraverso norme di ordine pubblico.

tali interventi, vedendoli come semplici eccezioni al principio<sup>40</sup>; nel corso del tempo, però, questi ultimi iniziarono ad essere sempre più diffusi e incisivi<sup>41</sup>, cosicché non fu più possibile parlare di semplici eccezioni<sup>42</sup>. Di fronte a questo fenomeno, si arrivò a parlare di crisi del contratto<sup>43</sup>, se non addirittura di “morte” del contratto<sup>44</sup>. Il contratto, in realtà, è tutt’altro che morto, e a conferma di ciò basta pensare che assistiamo a un fenomeno di continua proliferazione di tipologie contrattuali nuove che rispondono a nuove esigenze della società. Inoltre, il contratto ha ampliato la sua sfera di operatività, non essendo più uno strumento messo a disposizione dei soli privati: il nuovo art. 1-bis della l. n. 241/90, così come modificata dalla l. n. 15/05, infatti, prevede che, salvo diverse disposizioni, la P.a.

---

<sup>40</sup> R. SCOGNAMIGLIO, *Contratti in generale*, cit., p. 11, ritiene che tali interventi non si pongano in contrasto con il riconoscimento stesso dell’autonomia privata, in quanto costituiscono limitazioni solo occasionali e parziali dell’autoregolamentazione di privati interessi.

<sup>41</sup> Questo è stato dovuto, soprattutto, alle discipline introdotte sulla spinta del legislatore comunitario. Va sottolineato, inoltre, che la disciplina introdotta con le direttive comunitarie ha determinato il sorgere di nuovi principi che consentono di intravedere il nucleo di un vero e proprio diritto contrattuale europeo. Da qui il Parlamento europeo ha iniziato a coltivare l’idea di elaborare un codice comune europeo che disciplini il diritto privato. Risol. 26.05.89, in GUCE, 26.06.89, serie C 158; Risol. 6.05.94, ivi, 25.07.94, serie C 205; Risol. 16.03.00, ivi, 29.12.00, serie 377. Si ritiene in questa prospettiva più verosimile che si arrivi ad una elaborazione di norme comuni in ambito contrattuale. In questo senso si collocano i Principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali e i principi elaborati dalla Commissione sul diritto europeo dei contratti (Commissione Lando). Si rimanda a L. VALLE, *Progetti per la realizzazione di un diritto comune dei contratti*, in *Contr. impr. Europa*, 2000, p. 712.

<sup>42</sup> In questo senso: G. OPPO, *Impresa e mercato*, cit., p. 426; A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, cit., p. 2, dove viene sottolineato che sempre più si presta attenzione verso nuove figure, come quella dell’imprenditore debole e questa tendenza determina una progressiva restrizione del potere dato ai soggetti di autodeterminarsi.

<sup>43</sup> R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., p. 906, dove viene affermato che nel corso del tempo sono sempre stati maggiori i limiti posti all’autonomia privata, tanto da arrivare ad un’erosione dei principi che caratterizzano il diritto civile, da qui alcuni hanno parlato di crisi del diritto civile. In particolare questa pressione si avverte con le forme di pressione del diritto pubblico sull’economia che da sporadiche diventano sistematiche. Si arriva a forme di economia programmata. La crisi dell’autonomia privata segnerebbe la crisi del diritto civile. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, cit., p. 41, dove viene sottolineato che le modificazioni introdotte dal codice del 1942 e dalle leggi complementari fanno sorgere il dubbio che la libertà contrattuale abbia in futuro a costituire la regola oppure l’eccezione. R. NICOLÒ, voce *Diritto civile*, cit., p. 912, dove viene sottolineato che a seguito dell’entrata in vigore della costituzione si pone il problema di capire fino a quanto tali interventi permetteranno ancora di ritenere l’autonomia individuale al centro di un sistema senza il quale il diritto civile stesso non avrebbe più reale significato.

<sup>44</sup> GILMORE, *The death of contract*, traduzione di A. Fusaro, Milano, 1988, *passim*. In senso critico, G. DE NOVA, “Dieci voci” per una tavola rotonda su “il nuovo diritto dei contratti”, cit., p. 816, dove viene sottolineato che si assiste sempre più al proliferare di nuove tipologie contrattuali. L’A. ritiene che, in qualche modo, ciò rappresenta la reazione dell’autonomia privata alla rigidità del sistema giuridico.

nell'adozione di atti di natura non autoritativa, agisca secondo le norme di diritto privato.

Si deve prendere atto, nondimeno, che tali interventi rappresentano degli indici di una lenta trasformazione strutturale e funzionale del contratto: l'autonomia privata e il contratto non sono, infatti, concetti storici. Si "muovono" nella società e nel vario atteggiarsi del mercato e, per questa ragione, dovrebbero essere ripensati in base alle modificazioni di questi<sup>45</sup>. Così come altri concetti tradizionali, quali la proprietà o l'impresa, ad anni di distanza dalla codificazione e a seguito delle profonde trasformazioni intervenute nella società, non possono più essere intesi allo stesso modo, ma devono essere sottoposti ad un'attenta revisione critica<sup>46</sup>.

Senza giungere a negarne la valenza<sup>47</sup>, semplicemente è opportuno un mutamento del modo di intenderli. In particolare, alla luce dei nuovi principi costituzionali, il contratto non può più essere ritenuto semplice espressione dell'autonomia del volere dei singoli: gli si deve riconoscere una struttura aperta e il perseguimento anche di interessi diversi<sup>48</sup>. Allo stesso modo l'autoregolamentazione non è un aspetto essenziale dell'atto di autonomia privata, potendo la stessa mancare. La volontà si limiterebbe, pertanto, a dare impulso all'atto, il cui contenuto sarebbe eteroregolamentato. Per queste ragioni, ormai, alcuni reputano preferibile non parlare di autonomia privata, ma di iniziativa privata, per indicare il mutato ruolo della volontà<sup>49</sup>.

---

<sup>45</sup> V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, cit., p. 589, sottolinea che le categorie e i concetti non possono rimanere avulsi e distanti dalla realtà, ma si pongono quale immediata e diretta espressione della concreta esperienza e dinamica della vita sociale e come tali servono effettivamente a comprendere la complessità dei fenomeni pratici rappresentati.

<sup>46</sup> In questo senso, G. VETTORI, in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, cit., p. 1.

<sup>47</sup> In questo senso, P. RESCIGNO, *Introduzione al codice civile*, cit. 171. Sostengono che ormai l'autonomia privata sia stata ridotta ad un simulacro a causa prima delle sistematica attività di predisposizione di standards contrattuali da parte dei contraenti professionali o delle loro associazioni e poi ridotta ad un pretesto per effetto delle contromisure adottate dal legislatore per fronteggiare il potere di predisposizione di questi ultimi, G. GITTI e F. DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, cit., p. 472. Il fenomeno è così vistoso da portare a dire che l'autonomia privata non appartiene al nostro tempo, ma sarebbe solo il luogo della nostalgia dei giuristi. In questo senso N. IRTI, in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996, p. 91 ss.

<sup>48</sup> In realtà, si dice che si assiste ad una dilatazione del ruolo del contratto. In questo senso, P. BARCELLONA, *Diritto privato e processo economico*, cit., p. 266.

<sup>49</sup> Si ritiene che l'autonomia privata abbia un ruolo particolare, che non possa comunque incidere su situazioni giuridicamente rilevanti ritenute indisponibili e la cui convenienza per la salvaguardia degli interessi della parte non è rimessa alla

Discorso in parte diverso dovrebbe essere fatto relativamente agli interventi diretti nello specifico alla tutela dei c.d. contraenti deboli, in quanto essi rappresentano, in realtà, non dei limiti al potere lasciato ai privati di autodeterminarsi, ma piuttosto, essendo finalizzati a riequilibrare la situazione di disuguaglianza, degli strumenti finalizzati a garantire che le parti possano liberamente autodeterminarsi<sup>50</sup>.

Anche l'affermazione secondo la quale l'ordinamento non si interesserebbe dell'equilibrio<sup>51</sup>, sia esso normativo che economico, dei

---

valutazione individuale. In questo senso, R. CLARIZIA, *Nuovi limiti all'autonomia contrattuale delle parti*, cit., p. 274.

<sup>50</sup> In senso contrario, G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, cit., p. 78, dove viene sottolineato che profondamente diverso è il rapporto con cui le discipline a tutela del consumatore e dell'imprenditore debole si pongono con il principio di autonomia privata. Secondo l'A., infatti, gli interventi previsti per tutelare il consumatore incidono fortemente sull'autonomia privata, non potendosi, invece, sostenere che essi mirino a ripristinare l'esercizio dell'autonomia privata da parte di entrambi. Diversamente, la disciplina a tutela dell'imprenditore debole mira a difendere le determinazioni autonome adottate dalle parti.

<sup>51</sup> Tradizionalmente si afferma che l'equità dello scambio non costituisce materia di regolamentazione, oppure di sindacato, da parte dell'ordinamento, se non quando questo avvenga in condizioni di estrema anomalia, sul punto si v., V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 777. In buona sostanza, pertanto, l'ordinamento si disinteresserebbe dello squilibrio delle prestazioni contrattuali. Tale affermazione, però, alla luce dei mutamenti intervenuti nell'ordinamento deve essere rivista: si deve, infatti, concludere che l'autonomia privata e il controllo non sono tra loro inconciliabili, essendo venuto ormai meno il dogma dell'intangibilità del regolamento contrattuale. In particolare, può trovare giustificazione l'attribuzione al giudice del potere di sindacare il regolamento contrattuale al fine di attuare differenti principi costituzionali. Sul punto, E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti con i consumatori*, cit., p. 383, sottolinea che il controllo sul contratto non può più essere visto come eccezionale, ma è parte di un nuovo ordine giuridico del mercato. Il Tribunale di Isernia, 12.4.06, in *Giur. merito*, 2006, p. 2152, afferma che il controllo sull'equilibrio dello scambio rappresenta espressione dei principi fondamentali dell'ordinamento quali la solidarietà e l'uguaglianza e del principio di matrice comunitaria della proporzionalità.

Sul punto si v. M. TIMOTEO, *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contr. e impr. eur.*, 1997, p. 141 ss.; A. RICCIO, *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 937 ss.; M. GRONDONA, *Buona fede e solidarietà: giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di Cassazione*, in *Riv. del dir. comm. e del dir. gen. obbl.*, 2003, p. 242 ss. In particolare, R. ROLLI, *Le attuali prospettive di "oggettivizzazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 611 ss., sottolinea che se inizialmente si poteva pensare che la congruità dello scambio rilevasse solo ove espressamente prevista, ormai, a seguito di una sempre maggiore diffusione di previsioni che attribuiscono rilevanza allo squilibrio contrattuale, si dovrebbe concludere che gli stessi non possano essere considerati semplici episodi, ma indici di una tendenza che va progressivamente affermandosi. Si v., anche, F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004, p. 191 ss.

In base alle considerazioni sino ad ora esposte, ci si deve interrogare se nel nostro ordinamento sussista ormai un principio generale di sindacabilità da parte del giudice del regolamento contrattuale predisposto. Il problema resta quello di capire se questo

termini dello scambio deve in certi limiti essere rivista: ormai gli interventi<sup>52</sup> che attribuiscono rilevanza allo squilibrio contrattuale e,

---

principio generale possa essere riferito a tutte le ipotesi di squilibrio del regolamento o solamente a quelle che si caratterizzano per un approfittamento da parte di un contraente della condizione soggettiva di debolezza dell'altro. Sul punto, si rimanda alle riflessioni svolte sulla tematica della c.d. giustizia contrattuale. In particolare, si v., G. VETTORI, *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 12 ss.; ID, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eu. e dir. priv.*, 2006, p. 53 ss., dove l'A. manifesta perplessità verso la creazione della categoria dell'ingiustizia contrattuale, in primo luogo per l'oggettiva difficoltà di stabilire in astratto cosa si debba intendere per contratto ingiusto, e, di riflesso, ingiusto. E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contratto e impr.*, 2005, p. 647 ss. Più in generale, si rimanda a F. CARINGELLA E G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Il contratto*, cit., p. 31 ss. Sul tema si avrà modo di tornare più ampiamente nel proseguo.

<sup>52</sup> Per citare alcune delle disposizioni dalle quali emergerebbe che l'ordinamento non si disinteressa dell'equilibrio contrattuale, si può far riferimento alla disciplina dettata per la rescissione agli artt. 1447 e 1448 c.c.; gli artt. 33 e ss. del codice del consumo, in materia di clausole abusive; l'art. 9 della l. 192/98 in materia di abuso di dipendenza economica; l'art. 7 del d.lgs n. 231/02, attuativo della direttiva comunitaria 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali; l'art. 1815 c.c., così come modificato dalla l. 7 marzo 1996, n. 108, che prevede che nel caso in cui siano stati previsti interessi usurari non sono dovuti interessi neppure nella misura legale. In particolare, l'art. 1 della l. in questione prevede che siano considerati usurari anche gli interessi, seppur inferiori al limite previsto dalla legge, e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e del tasso medio praticato per operazioni simili, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promossi si trova in condizioni di difficoltà economica e finanziaria. L'art 8 del d.lgs n. 170 del 21 maggio 2004 in materia di contratti di garanzia finanziaria. Si pensi, ancora, all'opera di continua regolamentazione ad opera del legislatore in materia di contratti bancari finalizzata a riequilibrare il rapporto contrattuale a favore del cliente. Di notevole rilevanza, in tema di anatocismo, è stato l'intervento della Corte di cassazione, 16 marzo 1999, n. 2374, che si è espressa nel senso della nullità della clausola di capitalizzazione trimestrale degli interessi per contrasto con l'art. 1283 c.c.

Si pensi, infine, all'art. 1384 c.c. che attribuisce al giudice il potere di ricondurre ad equità la penale manifestatamente iniqua. Tale disposizione è tuttora al centro di rilevanti dibattiti. Sul punto la Cassazione, S.U., 13.9.05, n. 18128, aveva risolto un precedente contrasto nel senso di riconoscere al giudice il potere di ridurre la penale anche d'ufficio. Sulla scia di questa sentenza Cass., 28.09.06, n. 21066 ha statuito che "In tema di clausola penale, il potere di riduzione ad equità, attribuito al giudice dall'art.1384 cod. civ., essendo previsto a tutela dell'interesse generale dell'ordinamento, al fine di ricondurre l'autonomia contrattuale nei limiti in cui essa appare effettivamente meritevole di tutela, e, dunque, connotandosi come potere esercitabile anche d'ufficio, può essere esercitato anche qualora le parti abbiano contrattualmente convenuto l'irriducibilità della penale".

Da qui era stato posto il problema di stabilire se esistesse nell'ordinamento un ordinario potere del giudice di ridurre il contenuto delle clausole pattuite tra privati; di riflesso, se possa essere ridotto l'importo di clausole diverse dalla penale (innanzitutto le caparre, confirmatoria e penitenziale). Sul punto si v. V. PESCATORE, *Clausola «di irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 905, sostiene che, anche al di là della decisa negazione, da parte significativa della dottrina, dell'esistenza, nel sistema italiano, del c.d. principio di proporzionalità, l'eccezionale potere attribuito al giudice dall'art. 1384 c.c. si spiega con il peculiare ambito nel quale operano i privati allorché pattuiscono una penale: la fissazione, appunto, di una pena, che è materia tipicamente riservata al legislatore. Né paiono sussistere i presupposti per una corretta applicazione del procedimento analogico, ex art. 12 disp. prel. c.c., nel suo duplice atteggiarsi. Diversamente sostengono che tale disposizione non possa essere vista come eccezionale in quanto espressione del



prevedendo un controllo ex post, consentono al giudice di sindacare i termini dello scambio sono talmente numerosi che non appare più possibile considerarli semplici eccezioni al presunto principio di intangibilità del regolamento contrattuale predisposto dalle parti<sup>53</sup>. Nella stessa ottica si deve richiamare anche la disputa inerente all'esistenza di un obbligo di rinegoziazione del contratto, qualora, in relazione ai contratti di durata, i termini dello stesso siano ormai divenuti iniqui<sup>54</sup>.

In merito alle problematiche sollevate, ci si limita a dire che un ruolo centrale deve essere attribuito al principio di proporzionalità<sup>55</sup>,

---

principio di proporzionalità: P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 343; F. CRISCUOLO, *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziaria*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2006, p. 388.

<sup>53</sup> Alcuni dicono che il progressivo restringimento dell'area riservata all'autonomia privata è avvenuto mediante la valorizzazione della clausola di buona fede. In tal senso, M. BARALDI, *Il governo del contratto*, in *Contr. impr.*, 2005, p. 505.

<sup>54</sup> Sostiene che esista suddetto obbligo, sull'obbligo di rinegoziare, F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 64 ss.; ID, *Esecuzione e tecniche di gestione del rischio*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 205 ss.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 550 ss., il quale ritiene che lo stesso troverebbe la sua giustificazione nel dovere di correttezza che viene imposto alle parti. Diversamente, in giurisprudenza si nega che possa sussistere un generale obbligo di rinegoziare, si v. Trib. Pescara, 24.01.97, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613.

In relazione a questa tematica risulta particolarmente interessante l'analisi della figura dell'hardship prevista all'interno dei Principi Unidroit.

<sup>55</sup> Il principio in questione, quale parametro di valutazione dei rapporti verticali, gioca un ruolo fondamentale in relazione alla problema dell'equilibrio contrattuale. Sul punto si rimanda, in particolare, a N. CIPRIANI, *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000, p. 199; P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 334 ss., dove viene affermato che l'autonomia privata non è un valore in sé, ma muta la sua conformazione in base alle scelte di fondo che caratterizzano l'ordinamento, e si colloca tra libertà e giustizia. Al fine di accreditare la valenza etica del contratto, in osservanza alle istanze solidaristiche dell'ordinamento, pare doversi attribuire un ruolo centrale al principio di proporzionalità; ID, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, 3 ed., 378 ss. Sul punto anche F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 378 ss., il quale sostiene che la proporzionalità implica una valutazione sia qualitativa che quantitativa.

Ancora, sul principio di proporzionalità, si v., D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, *passim*; il quale analizza il ruolo di tale principio nell'ambito del diritto amministrativo; S. POLIDORI, *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 691 ss.; G. MARTINICO, *Il principio costituzionale di proporzionalità nella "complessa" dialettica comunitaria*, in *Dir. pubb. comp. e eur.*, 2005, p. 1474 ss.; G. VETTORI, *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 754, il quale osserva che l'idea di elaborare il principio di proporzionalità muove dalla constatazione che la clausola generale di buona fede non può assolvere a funzioni di controllo assai diversa tra loro.

Il principio di proporzionalità, nato nel diritto tedesco, originariamente veniva utilizzato come parametro di valutazione delle norme statali in fattispecie relative ai rapporti tra privati e istituzioni, imponendo che gli strumenti e le sanzioni adottati fossero adeguati ai fini e agli interessi perseguiti.

assunto al livello comunitario come fondamentale criterio di valutazione dei rapporti tra privati, e, successivamente, introdotto anche nel nostro ordinamento<sup>56</sup>.

Il principio in questione, inoltre, assumerebbe notevole rilevanza anche in sede di controllo di meritevolezza, in quanto per il superamento di tale giudizio richiede non solo che l'atto persegua un fine meritevole di tutela, ma anche che i mezzi utilizzati siano adeguati al raggiungimento dei risultati previsti<sup>57</sup>.

## 2. Intervento del legislatore comunitario e tutela del consumatore<sup>58</sup>.

Un ruolo essenziale in questo quadro di trasformazione ed evoluzione del diritto dei contratti è stato svolto dagli interventi di modulazione dell'autonomia privata svolti ad opera del legislatore

---

A partire dagli anni '70 anche la Corte di Giustizia delle Comunità europee ha iniziato a far proprio tale principio e ne ha fatto un criterio di fondamentale importanza anche nella valutazione dei rapporti di tipo orizzontale. Sulla scorta del diritto comunitario tale principio è stato introdotto anche all'interno del nostro ordinamento. Si ritiene che tale principio trovi il suo fondamento in molteplici norme della Costituzione: primo tra tutti nell'art. 3 Cost., ma anche gli artt. 53, 36, 97 Cost. Tale principio va distinto da quelli di adeguatezza e ragionevolezza, che spesso vengono utilizzati in combinato con lo stesso.

Oltre alle disposizioni richiamate in precedenza in relazione al potere si sindacato dell'equilibrio contrattuale, risultano applicazione del principio di proporzionalità anche numerose altre disposizioni del codice civile: l'art. 1941, commi 1 e 3, c.c., in materia di fidejussione, all'art. 2873, comma 2, c.c., 1 2875 c.c., in materia di riduzione delle ipoteche, l'art. 1480 c.c., l'art. 1492 c.c., l'art. 1668 c.c.; l'art. 1584 c.c., l'art. 1622 c.c., l'art. 1636 c.c.; l'art. 1635 c.c., l'art. 963 c.c., l'art. 1448 c.c., in tema di rescissione per lesione. In particolare, sul rapporto tra la rescissione del contratto e il principio di proporzionalità si rimanda a F. TALLARO, *La rescissione: riflessioni in materia alla luce anche dell'art. 644 c.p. e del principio, di derivazione comunitaria, di proporzionalità*, in *Studium iuris*, 2006, p. 409 ss.

<sup>56</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., 380 ss., sottolinea che la proporzionalità ha valenza sotto un profilo quantitativo, presuppone che gli elementi raffrontati siano tra loro omogenei e comparabili e determina, di regola, come conseguenza la riduzione del contratto. Diversamente, laddove si debbano comparare elementi disomogenei e, quindi, difficilmente comparabili non risulta possibile un bilanciamento sul piano della quantità, ma solamente su quello della qualità. In quest'ultimo caso l'A. ritiene che debbono entrare in funzione il principio di ragionevolezza e quello di adeguatezza, che in qualche modo rappresentano correttivi del principio di proporzionalità.

<sup>57</sup> In questo senso, P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 2002, p. 337.

<sup>58</sup> Sulla tematica dei contratti dei consumatori, si rimanda a G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002, *passim*; P. STANZIONE, *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1998, *passim*; G. CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. I, Padova, 2003, p. 451 ss. Per una breve panoramica sulla diffusione del *consumerism*, A. NICOLUSSI, *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 901 ss.

comunitario<sup>59</sup>. A partire dagli anni settanta, infatti, la Comunità europea ha iniziato ad occuparsi dei consumatori, individuati nelle persone fisiche che agiscono per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta, al fine di garantire l'Unione economica e monetaria e introdurre un mercato unico europeo<sup>60</sup>. La disciplina che ne è derivata, risponde sicuramente al principio di eguaglianza sostanziale, in quanto, mira a riequilibrare la situazione di differente potere contrattuale sussistente tra le parti a causa dell'asimmetria informativa e della diversa forza economica, in modo da evitare che il professionista, abusando del suo potere contrattuale, possa conseguire una regolamentazione contrattuale squilibrata a suo vantaggio<sup>61</sup>. La principale ragione alla base della tutela di tali soggetti risiede, in realtà, nell'esigenza di tutelare proprio il mercato, che verrebbe certamente danneggiato dal verificarsi di contrattazioni caratterizzate dall'abuso del potere contrattuale di un

---

<sup>59</sup> Da ultimo v. R. CLARIZIA, *Nuovi limiti all'autonomia contrattuale tra le parti*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, p. 273, dove, in particolare e tra l'altro, afferma che con detti interventi si inizia a fornire una tutela al contraente arrivando sino ad espropriare spazi in passato lasciati all'autonomia privata. Sottolinea come l'intervento del legislatore comunitario miri a modulare e non a limitare l'autonomia privata, E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, Napoli, 2003, p. 10 ss.

<sup>60</sup> Per una breve disamina sulle finalità perseguite al tempo dalla Comunità europea, si rimanda a V. ROPPO, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, P. 904.; A. JANNARELLI, *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprenditori e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, v. III, Padova, 2003, p. 3 ss. Sul ruolo degli interventi del legislatore comunitario sul diritto dei contratti del nostro ordinamento, v., fra gli altri, G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, Padova, 2004, p. 319 ss.; G. ALPA e M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Tratt. Dir. priv. A cura di Iudica e Zatti*, Milano, 2005, spec. p. 317 ss. Per quanto attiene agli interventi della allora Comunità europea, sono stati in primo luogo varati una serie di programmi volti a tutelare gli interessi economici del consumatore. Il primo del 14 aprile 75 intitolato "per una politica di protezione e di informazione del consumatore", il secondo del 19 maggio 1981. Nell'Atto unico europeo del 1986 viene previsto l'art. 18 che espressamente autorizzava la Commissione ad adottare generiche misure di "elevato livello di protezione del consumatore". Pertanto, solo nel 1986 si riconosce per la prima volta un'espressa competenza in materia in capo alla Comunità europea, e si formalizza la tutela del consumatore. Si arriva poi al Trattato di Maastricht nel 1992 che al titolo IX disciplina l'attività comunitaria in materia. Infine, il Trattato di Amsterdam all'art. 153 espressamente sancisce che "Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, la Comunità contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei loro interessi."

<sup>61</sup> Una novità significativa, che distingue la disciplina prevista da quella delle condizioni generali del contratto, consiste nel fatto che la disciplina relativa ai contratti del consumatore si applica anche in situazioni in cui vi sia stata la trattativa individuale tra il consumatore e il professionista.

contraente a danno dell'altro.<sup>62</sup> Su impulso del legislatore comunitario, pertanto, vengono introdotte anche negli Stati membri discipline volte a dare una garanzia minima di tutela dei consumatori, caratterizzate da un notevole numero di disposizioni inderogabili<sup>63</sup>.

In particolare, al fine di ridurre le asimmetrie informative, che tradizionalmente costituiscono una fonte importante della disparità di forza contrattuale, in modo da mettere il consumatore in condizione di potere scegliere consapevolmente, il legislatore comunitario cerca di garantire la trasparenza<sup>64</sup>, imponendo, per un verso, precisi obblighi di forma<sup>65</sup>, a cui di regola si accompagna l'obbligo dell'indicazione di un

---

<sup>62</sup> L'abuso della propria posizione contrattuale da parte delle imprese danneggiava in prima persona i consumatori, e in via indiretta anche le imprese che si comportavano correttamente: l'acquisizione di vantaggi abusivi a danno dei clienti comporta, infatti, una diminuzione di costi a favore dei professionisti scorretti, che danneggia chiaramente anche i concorrenti leali. Ciò si poneva in contrasto con l'esigenza di creare un mercato unitario. Il legislatore comunitario, pertanto, ha voluto intervenire per sopperire alle situazioni di asimmetria informativa che possono pregiudicare l'efficienza del mercato. In questo senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 396. G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 43; E. GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1049; ID, *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, Torino, 2005, p. 24.

<sup>63</sup> Sulle problematiche relative al rapporto tra legislazione comunitaria e ordinamento nazionale, si rimanda a P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, cit., in particolare a p. 41 ss. Tra le direttive comunitarie più rilevanti: la direttiva del 20 ottobre 1985, n. 85/577 in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, attuata in Italia con il d.lgs. 15 gennaio 1992, n. 50; direttiva CEE n. 85/374 in materia di responsabilità per danni da prodotti difettosi, attuata con decreto 24 maggio 1988, n. 224; direttiva CEE 84/450, modificata dalla direttiva 87/55, in materia di pubblicità ingannevole e comparativa, attuata con d.lgs n. 74/92; direttiva 22 febbraio 1990, n. 90/80, in materia di contratti di credito al consumo, attuata con legge comunitaria del 1992, n. 142; direttiva 13 giugno 1990, n. 90/314, in materia di contratti di viaggio tutto compreso, attuata con d.lgs. 17 marzo 1995, n. 111; direttiva 92/59/CEE relativa alla sicurezza generale dei prodotti, attuata con d.lgs n. 115/95; direttiva del 5 aprile 1993, n. 93/13 in materia di contratti contenenti clausole vessatorie attuata con legge comunitaria del 1994; direttiva 97/7 in materia di contratti a distanza, attuata con d.lgs n. 185/97; direttiva 44/99 in materia di vendita di beni di consumo. Attualmente l'intera disciplina è stata riunita all'interno del codice del consumo, d.lgs n. 206/05 il quale si propone di riordinare e armonizzare le norme in materia di processi di acquisto e consumo al fine di assicurare un elevato livello di tutela dei consumatori e degli utenti.

<sup>64</sup> G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, cit., p. 329, sottolinea che il legislatore comunitario sembra maggiormente orientato a garantire la *procedural fairness*, piuttosto che la *substantial fairness*, ovvero è più preoccupato di garantire che sussistano i presupposti affinché la contrattazione si svolta attraverso i criteri di correttezza che non di predisporre mezzi di tutela giurisdizionale per ristabilire un equilibrio venuto meno o mancante. Il fine risulta essere quello di mettere il consumatore in condizione di non essere colto di sorpresa o che non gli vengano imposte clausole vessatorie senza che lui possa effettuare una precisa meditazione, ma non viene data rilevanza al fatto che lui possa subire una contrattazione svantaggiosa. Di conseguenza, la disciplina in questione sembra rispettosa del principio di autonomia privata.

<sup>65</sup> La forma, in questo caso, ha una funzione differente da quella che di norma le viene attribuita: essa infatti mira a garantire al consumatore una maggiore certezza dei diritti e degli obblighi che gli derivano dal contratto. La forma viene ad assumere una nuova

contenuto minimo<sup>66</sup>, e, in alcuni casi, anche l'obbligo di consegnare una copia del contratto al consumatore; per altro verso, obblighi di informazione a cui spesso si accompagna l'obbligo di consegna di documenti informativi<sup>67</sup>.

---

funzione, ovvero quella di proteggere il consumatore. In questo senso, P. PERLINGIERI, *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987; V. ROPPO, *Il contratto*, cit., p. 221. Sottolinea che la forma viene ad assumere funzione informativa, G. DE NOVA, "Dieci voci" per una tavola rotonda su "il nuovo diritto dei contratti", in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 815; M. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. merito*, 2004, p. 2624, afferma che la forma diviene la chiave attraverso la quale il legislatore ha inteso consentire alla parte in posizione di debolezza l'accesso al contenuto contrattuale. Inoltre, rappresenta uno strumento utile per il giudice di rilevare eventuali squilibri dei diritti e degli obblighi derivanti dal contratto. Infine, l'A. sottolinea che la disciplina prevista per i contratti del consumatore segna il definitivo superamento dell'idea che il nostro ordinamento si ispiri a un principio di libertà delle forme: i casi in cui vengono prescritte deroghe alla libertà della forma sono talmente numerosi da non poter essere relegate a mere eccezioni. Sul nuovo ruolo assunto dalla forma, si v. R. FAVALE, *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Napoli, 1994, p. 30 ss.; E. MORELATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 592 ss. Per queste ragioni, alcuni autori, in relazione a questo fenomeno, hanno anche parlato di rinascita del formalismo. In senso critico sull'esistenza del supposto principio della libertà della forma si rimanda a P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 417 ss.

<sup>66</sup> Si pensi, fra gli altri, all'art 124 del T.U. bancario, che in relazione al credito al consumo impone la redazione per iscritto dei contratti e ne sanziona la mancanza con la nullità relativa; o all'art. 85, che prevede che il contratto di vendita di pacchetti turistici debba essere redatto in forma scritta in termini chiari e precisi, e che al consumatore debba essere rilasciata una copia del contratto stipulato.

<sup>67</sup> L'art. 2, comma 2 lettera c, del d.lgs n. 206/05 prevede il diritto del consumatore ad un'adeguata informazione e a una corretta pubblicità. L'art. 5, comma 3, prevede che le informazioni al consumatore debbano essere adeguate alla tecnica di comunicazione impiegata ed espresse in modo chiaro e comprensibile, tenuto anche conto delle modalità di conclusione del contratto o delle caratteristiche del settore, tali da assicurare la consapevolezza del consumatore. Viene poi previsto, dagli artt. 6 e ss., il contenuto minimo delle informazioni che devono essere indicate sui prodotti o sulle confezioni degli stessi destinati ai consumatori. L'art. 47, in materia di contratti negoziati fuori dai locali commerciali, prevede che il professionista debba informare per iscritto il consumatore del diritto di recedere dal contratto e deve indicare le modalità di esercizio di tale diritto. L'art. 52, in materia di contratti a distanza, prevede che in tempo utile prima della conclusione del contratto il professionista debba fornire determinate informazioni al consumatore, tra le quali l'identità del professionista, le caratteristiche essenziali del bene o del servizio, il prezzo, l'esistenza del diritto di recesso, ecc. Viene, inoltre, previsto che il consumatore debba ricevere conferma scritta delle informazioni prima o al momento dell'esecuzione del contratto. L'art. 70, in tema di contratti relativi all'acquisizione di un diritto di godimento ripartito su beni immobili, prevede che il venditore sia tenuto a consegnare, a ogni persona che richieda informazioni sul bene immobile, un documento informativo in cui sono indicati con precisione determinati elementi. L'art. 87, in relazione dei contratti di vendita di pacchetti turistici, prevede che il venditore durante le trattative debba fornire al consumatore, per iscritto, determinate informazioni, e l'art. 88 prevede che debba venir disposto a favore del consumatore un opuscolo informativo. Tali obblighi di informazione non vengono previsti solamente in relazione alla fase delle trattative, ma anche nel corso della vita del rapporto contrattuale. In caso di violazione di suddetti obblighi, laddove non siano previste espressamente delle sanzioni, si pensi all'allungamento del periodo di ripensamento previsto in caso di vendita a distanza, si ritiene che sia applicabile la disciplina generale prevista dagli artt. 1337 e 1338 c.c. In

In deroga all'art. 1372 c.c., che prevede l'efficacia vincolante del contratto tra le parti, viene previsto a favore del consumatore il diritto di recedere dal contratto *ad nutum* e senza necessità di una giusta causa entro un preciso termine decadenziale dalla conclusione del contratto<sup>68</sup>. Viene, inoltre, prevista l'applicazione di una nuova figura di nullità, definita "nullità di protezione" che tende non a soddisfare un interesse generale, ma precise istanze di protezione<sup>69</sup>.

Sicuramente la disciplina più interessante è rappresentata dalle norme sulle clausole vessatorie<sup>70</sup>, con le quali viene introdotto, in un

---

questo senso M. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, cit., p. 2618. Sul punto si v. anche A. FLAMINI, *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli, 1999, p. 90 ss.

<sup>68</sup> Inizialmente, tale rimedio ha trovato applicazione soltanto in quelle situazioni in cui si doveva tutelare il consumatore da una sorta di effetto sorpresa. Lo *ius poenitendi* è stato per la prima volta previsto dall'art. 18 ter l. n. 216 del 1974, in materia di vendita a domicilio di valori mobiliari, poi abrogato dal d.lgs. n. 58/98 t.u. in materia di intermediazione finanziaria. Successivamente, venne previsto dall'art. 4 della d.lgs. n. 50/92, in materia a contratti negoziati fuori dai locali commerciali e dall'art. 5 del d.lgs. n. 185/99, in materia di contratti a distanza. Attualmente, il diritto di recesso per i contratti a distanza o negoziati fuori dai locali commerciali è previsto dagli artt. 64 e ss. del codice del consumo. Successivamente, lo *ius poenitendi* è stato previsto anche dall'art. 5 del d.lgs. 427/1998, in tema di multiproprietà, attualmente disciplinato all'art. 73 del codice del consumo.

In buona sostanza muta il ruolo attribuito al recesso, da strumento volto a sottrarsi a vincoli perpetui, diviene una sorta di diritto al ripensamento esercitabile anche dopo l'esecuzione della prestazione, in deroga a quanto previsto dalla disciplina generale all'art. 1373 c.c. Sull'argomento si v. anche D. VALENTINO, *Recesso e vendite aggressive*, Napoli, 1997, *passim*.

<sup>69</sup> Ad esempio, l'art. 36 del d.lgs n. 206/05 prevede che le clausole considerate vessatorie siano nulle, mentre il contratto rimane valido per il resto. La nullità opera solo a favore del consumatore e può essere rilevata d'ufficio dal giudice. I caratteri tipici della nullità (insanabilità, imprescrittibilità, rilevabilità d'ufficio) si prestavano male a tutelare gli interessi dei consumatori, anzi per tali caratteristiche la disciplina della nullità potrebbe essere dannosa per i consumatori.

Sul punto si v. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, in particolare a p. 190 ss., dove l'A. ricostruisce le linee di evoluzione che hanno portato ad istituzionalizzare la nullità parziale nell'ambito delle discipline di protezione.

<sup>70</sup> In generale sulle clausole vessatorie si rimanda a V. RIZZO, *Le "clausole abusive" nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994, *passim*; ID, *Trasparenza e "contratti dei consumatori" (la novella al Codice civile)*, cit., *passim*; E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, *passim*; A. DI MAJO, *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 527; E. GRAZIOSO, *La tutela del consumatore contro le clausole abusive: mezzi rituali ed irrituali*, Milano, 2002, *passim*; M. EBERS, *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (91/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. e impr. Eu.*, 2007, p. 696 ss. Infine, viene predisposta anche una tutela collettiva e preventiva a favore del consumatore. L'art. 37 del d.lgs. 206/05 prevede che "le associazioni rappresentative dei consumatori, di cui all'art 137, le associazioni rappresentative dei professionisti e le camere di commercio, di industria, artigianato e agricoltura, possano convenire in giudizio il professionista o l'associazione di professionisti che utilizzino o che raccomandino l'utilizzo di condizioni generali del contratto e chiedere al giudice competente che inibisca l'uso delle condizioni di cui sia accertata la vessatorietà."

contesto in cui tradizionalmente si ritiene che l'equilibrio contrattuale sia un affare dei privati, un controllo sostanziale e contenutistico dei contratti per adesione<sup>71</sup>. L'introduzione di limiti alla facoltà di stabilire il contenuto del contratto conferma che, ormai, è venuta meno l'assioma dell'intangibilità dell'atto di autonomia privata<sup>72</sup>.

---

<sup>71</sup> Tale disciplina, infatti, prevede che possa essere dichiarata l'inefficacia di determinate clausole inserite in contratti stipulati tra professionisti e consumatori laddove si dovesse verificare la vessatorietà. In primo luogo, si deve dare atto del fatto che il legislatore comunitario parlava di clausole abusive e non di clausole vessatorie. La clausola deve essere considerata vessatoria laddove determini a carico del consumatore un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi che derivano dal contratto. La vessatorietà di una clausola va valutata nel caso concreto, tenendo conto della natura della prestazione e delle circostanze del contratto e, soprattutto, valutando nel complesso il contenuto del contratto e degli altri contratti che vi sono collegati o da cui dipende. Una clausola, infatti, che potrebbe sembrare particolarmente gravosa, potrebbe non dover essere qualificata vessatoria se compensata da altre clausole particolarmente vantaggiose per il consumatore. In questo senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 381. In particolare, il legislatore, al fine di facilitare l'autorità giudiziaria nell'accertamento, ha predisposto un elenco di clausole che si presumono vessatorie fino a prova contraria. In questo caso, spetterà al professionista dimostrare che, valutato nel complesso del contenuto del contratto, le particolari circostanze nelle quali il contratto è stato concluso, ecc., la clausola non determina, in realtà, uno squilibrio tale da poter essere valutata vessatoria.

Si dice che tale disciplina mira a tutelare il consumatore dallo squilibrio normativo e non da quello economico. Non tutte le clausole contenute nel contratto, infatti, possono essere sottoposte al giudizio di vessatorietà: vi sono sottratte, infatti, quelle che concernono la determinazione dell'oggetto e l'adeguatezza del corrispettivo. Nondimeno, possono essere sottoposte a tale giudizio, laddove non siano state formulate in modo chiaro e comprensibile, e quindi, in caso di mancanza di trasparenza. Pertanto, anche se in prima battuta, la disposizione mira a tutelare il consumatore solo da uno squilibrio di diritti e obblighi derivanti dal contratto a causa dell'inferiorità contrattuale del consumatore, in secondo luogo, tende anche a tutelarlo da uno squilibrio economico e quindi a garantire istanze di giustizia contrattuale. In questo senso, M. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, cit., p. 2626.

In realtà, secondo alcuni non sarebbe possibile distinguere tra squilibrio normativo ed economico, dal momento che anche le clausole che prevedono diritti e impongono obblighi hanno un costo. Pertanto, seppure espressive in primo luogo di uno squilibrio normativo, manifesterebbero, in via indiretta, anche uno squilibrio economico. In questo senso, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 649.

<sup>72</sup> Sottolinea la novità di tale previsione, dal momento che introduce la possibilità di un sindacato sull'equità dello scambio, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 777. C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 394, ritiene che la disciplina delle clausole vessatorie introduce il principio del controllo sostanziale del contratto quale regola che tutela il contraente non in ragione delle sue particolari condizioni o qualità, ma in ragione della sua soggezione al potere di regolamentazione del contratto detenuto dai produttori e distributori di beni e servizi. In questo modo, si fa strada anche il principio in base al quale la parte forte non deve abusare del suo potere contrattuale per squilibrare a suo favore il regolamento del contratto. In base a tale previsione, alcuni hanno ricavato l'esistenza di un principio generale di tutela del consumatore. Così, G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 202, il quale sottolinea che nel diritto comunitario sussisterebbe tale principio generale. L'A. afferma che in virtù dell'attuazione delle direttive comunitarie anche nell'ordinamento interno potrebbe dirsi sussistente siffatto principio. In questo senso, anche, A. BARENGHI, *Art. 1469 bis*,

Un aspetto significativo è che la normativa introdotta a seguito del recepimento delle direttive comunitarie non si limita a regolare determinate figure negoziali<sup>73</sup>, ma disciplina in modo trasversale differenti tipologie contrattuali individuando il proprio ambito di applicazione in virtù delle caratteristiche soggettive dei soggetti destinatari<sup>74</sup>, con ciò testimoniando

---

in A. Barengbi, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, p. 54.

G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 808 ss., osserva come la disciplina sulle clausole vessatorie non rappresenta una negazione dell'autonomia privata, ma una correzione e integrazione della stessa, proprio a tutela del suo essenziale immancabile fondamento, la parità di posizioni. La disciplina volta a tutelare il consumatore è dominata dall'idea essenziale di autonomia privata e questo è confermato dal fatto che per valutare se una clausola è vessatoria viene detto che anche a altro contratto collegato o dal contratto dal quale esso eventualmente dipende. In qualche modo dalla tutele del consumatore si passa alla tutela del contratto.

<sup>73</sup> Tra i più recenti, lo ribadisce V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2000, p. 184.

<sup>74</sup> Partendo dal presupposto che la qualifica di consumatore attribuisce alla persona fisica una posizione giuridica peculiare, presupposto per l'applicazione di un complesso impianto normativo, la dottrina moderna è arrivata a intravedere in ciò i caratteri dello *status*. Sarebbe, pertanto, emerso un nuovo statuto europeo contraddistinto per le caratteristiche personali delle parti, lo *status* di consumatore. In questo senso, M. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, cit., p. 2637, dove viene sottolineato che, nonostante la frammentarietà e la asistematicità degli interventi, si assiste alla nascita di questo *status* che determina il diffondersi di un nuovo modello contrattuale caratterizzato da un sistema di regole e principi differente rispetto alla disciplina generale dei contratti; G. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 38 ss.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, cit., p. 323; R. CALVO, *I contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, cit., p. 11. Anche se, come da molti osservato, in realtà lo *status* di consumatore sarebbe per certi versi anomalo, A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, cit., p. 6. G. GITTI E F. DELFINI, *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 474, evidenziano che in relazione alla figura del consumatore si deve essere consapevoli che si tratterebbe di uno *status* a "soggettività variabile", nel senso che lo stesso può essere integrato da soggetti giuridici diversi a seconda di come essi si pongano in relazione al mercato finale di riferimento. G. CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. I, cit., p. 473, osserva che tale qualifica risulta essere corretta solo se per *status* si intende non qualcosa diretto a privilegiare, ma a proteggere e a riequilibrare le posizioni. La disciplina comunitaria sarebbe, secondo molti, ormai impostata in relazione allo *status* del soggetto.

Facendo un passo ulteriore, vi è chi si interroga se quella dei contratti dei consumatori possa essere considerata una categoria normativa. In questo senso, M. NUZZO, *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 830, sottolinea che il progressivo emergere di norme volte a incidere sulla disciplina dei contratti, in cui una delle parti abbia la qualità di consumatore, pone con forza il problema di stabilire se tale disciplina abbia carattere dipendente solo da esigenze settoriali, e dunque sia privo di rilievo sistematico, o se invece costituisca applicazione di principi generali già presenti nel sistema che tendono a tutelare il contraente più debole attraverso meccanismi non esclusivamente propri della tutela del consumatore e dunque capaci di estensione analogica.

In senso critico sulla possibilità di riconoscere l'esistenza di uno *status* del consumatore, F. RUSCELLO, *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, 3 ed., Milano, 2008, p. 60 ss. Sulla nozione generale di *status*, A. IANNELLI, *Stato della persona e atti dello stato civile*, Napoli, 1984, p. 16 ss., dove l'A. afferma la necessità di fornire una nuova definizione di *status*.



che è definitivamente venuta meno l'idea dell'eguaglianza formale dei contraenti<sup>75</sup>.

Il fatto che venga dettata una disciplina normativa apposita, destinata ai contratti di cui sia parte un soggetto che riveste lo “*status*” di consumatore, fenomeno ancor più evidenziato dall'entrata in vigore del nuovo Codice del consumo, ha portato a sostenere l'esistenza della categoria non solo descrittiva, ma anche giuridica dei contratti dei consumatori. La stessa, si caratterizzerebbe, in particolare, per una disciplina ricca di elementi di forte rottura rispetto alla disciplina generale del contratto<sup>76</sup>. Viene così imposta all'interprete una riflessione in ordine al

---

Nel senso dell'erroneità della definizione dei consumatori come categoria o come classe portatrice di interessi omogenei, si v. E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 8 ss., il quale sostiene che anche se a prima vista potrebbe sembrare che il codice del consumo segni il trionfo della categoria dei contratti dei consumatori, la realtà è differente, dal momento che alla definizione generale e classica contenuta nell'art. 3 vengono poi affiancate definizioni speciali profondamente diverse, basti pensare a quella prevista dall'art. 83. L'A., inoltre, sottolinea che la staticità dello *status* mal si concilierebbe con posizioni dinamiche quali quelle del consumatore e dell'imprenditore debole. Sempre in termini critici sul fondare la tutela del consumatore sullo *status*, si v. G. BENEDETTI, *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, cit., p. 799 ss., il quale afferma che difetterebbe nel consumatore un requisito per poter parlare di *status* ovvero l'appartenenza istituzionale ad una collettività più o meno estesa o a un gruppo organizzato. Qualunque persona fisica infatti può essere consumatore. Inoltre, viene sottolineato che la frammentarietà e la settorialità degli interventi comunitari rendono improbabile un procedimento di generalizzazione volto alla costruzione di una categoria giuridica definita e univoca che metta capo ad un autonomo soggetto di diritto.

<sup>75</sup> Cfr., sul punto, G. CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. I, cit., p. 460 ss., secondo il quale tale tendenza sancirebbe l'abbandono di quello che è ritenuto il dato qualificante della ricodificazione unitaria, e cioè l'ininfluenza della condizione soggettiva della parte sulla disciplina dei rapporti giuridici ad essa imputabili. Si recupera in qualche modo la divisione che caratterizzavano la distinzioni tra obbligazioni civili e obbligazioni commerciali sussistenti prima del 1942. Tale distinzione però non si basava su profili soggettivi, ma oggettivi che guardavano al tipo di attività svolta, mentre la disciplina attuale individua un criterio soggettivo per individuare i destinatari delle disposizioni. In realtà, alcuni dicono che non si dovrebbe parlare di ritorno al codice del commercio, ma di superamento sia del codice del commercio che del codice civile. In questo senso, L. DELLI PRISCOLLI, “*Consumatore*” “*imprenditore debole*” e principio di uguaglianza, in *Contr. e impr. eur.*, 2003, p. 753 e ss.

<sup>76</sup> V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 749 ss., il quale opera un raffronto tra la disciplina prevista per i contratti dei consumatori e quella prevista dal diritto generale dei contratti. Viene meno, in questo modo, la tendenziale unitarietà del diritto dei contratti. In questo senso, A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, cit., p. 7. Si v. M. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, cit., p. 2605 ss., secondo la quale l'introduzione della disciplina posta a tutela del consumatore finisce con il mettere in crisi le stesse fondamenta del diritto generale dei contratti.

In contrasto con l'idea di vedere la disciplina relativa ai consumatori come qualcosa di separato e contrapposto alla disciplina generale, E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., p. 10, secondo il quale si dovrebbe rileggere il codice civile alla luce della nuova disciplina consumeristica che informa di sé l'intero sistema

rapporto sussistente tra disciplina prevista a tutela del consumatore e disciplina generale del contratto<sup>77</sup>.

A conferma di questa tendenza del legislatore comunitario nel dettare discipline specifiche rivolte a determinati soggetti<sup>78</sup>, si devono brevemente richiamare alla mente gli interventi volti a regolamentare e armonizzare la materia dei servizi finanziari e bancari e l'introduzione di discipline volte a tutelare gli utenti dei servizi bancari e finanziari: soggetti non necessariamente rientranti nella definizione di consumatore, che al fine di investire i risparmi oppure ricorrere a forme di credito o finanziamento, stipulano contratti con enti finanziari e creditizi, senza disporre, nella maggior parte dei casi, di strumenti e conoscenze per valutare correttamente gli aspetti economici e giuridici dell'operazione<sup>79</sup>. La

---

civilistico. Si deve, infatti, evitare che i codici di settore frammentino l'unitarietà dell'ordinamento.

<sup>77</sup> In questo senso, F. ADDIS, *Note introduttive ai Principi Unidroit*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 926 ss.; V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 188. Più in generale sul rapporto tra parte generale e parte speciale del diritto dei contratti si rimanda a E. LUCCHINI GUASTALLA, *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2004, p. 821 ss.

<sup>78</sup> Un'altra tendenza che va rilevata nell'attuale diritto dei contratti è quella dell'emergere di sempre più discipline riferibili a categorie determinati soggetti, tendenza ormai tanto diffusa che alcuni arrivano a dubitare che si possa ancora parlare utilmente del contratto come disciplina generale. In questo senso, G. DE NOVA, *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 426, dove si interroga se si possa ancora utilmente discutere del contratto come disciplina generale. Troppe - ribadisce l'A. con la dottrina più recente - sono le differenze tra contratto del consumatore, tra privati e tra imprenditori, contratti collettivi e contratti con la P.A., perché se ne possa parlare unitariamente. Sottolinea, da ultima, la tendenza a regolare i rapporti contrattuali intercorrenti tra soggetti determinati in ragione della loro posizione di mercato. C. CAMARDI, *Efficienza contrattuale e reti di imprese*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, p. 199.

<sup>79</sup> V., per tutti, G. BENACCHIO, *Diritto privato della comunità europea*, cit., p. 448 ss. Sulla disciplina dei contratti bancari si rimanda a E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, cit., p. 123 ss. Viene prevista la vigilanza in materia di credito e di tutela del risparmio, da parte del Comitato interministeriale per il credito e il risparmio (CICR). Si è intervenuti a disciplinare la materia, in primo luogo, prevedendo specifiche regole di accesso all'attività creditizia e controlli sugli istituti di credito, realizzando così una tutela indiretta del risparmiatore. In secondo luogo, si è intervenuti al fine di riequilibrare i diritti ed i doveri nascenti dal contratto a favore del cliente. Il Testo unico bancario, d.lgs 1 settembre 1993, n. 385, all'art. 116, al fine di garantire maggiore trasparenza, prevede che in ciascun locale aperto al pubblico debbono essere pubblicizzate le condizioni economiche relative alle operazioni ed ai servizi offerti. L'art. 117 prevede che i contratti devono essere redatti per iscritto, a pena di nullità, ed una copia deve essere consegnata al cliente. Nel contratto, poi, debbono necessariamente essere indicati alcuni elementi, quali il Tasso di interesse e ogni altro prezzo e condizione praticati. L'art. 118 prevede un'apposita disciplina in relazione alle modificazioni unilaterali dei tassi, dei prezzi e delle altre condizioni, le quali debbono essere comunicate al cliente nei tempi e nei modi previsti dal CICR, diversamente, non sono efficaci. Viene previsto in caso di modificazioni unilaterali il diritto in capo al cliente di recedere entro quindici giorni dal ricevimento della

particolarità risiede nel fatto che, in questi casi, la tutela di questi soggetti è stata affidata ad autorità di vigilanza della Banca d'Italia o della Consob, che hanno il compito a tal fine di predisporre controlli amministrativi sull'attività svolta da una delle parti<sup>80</sup>. Teoricamente tali soggetti potrebbero sottoporre a controllo solo l'assetto negoziale di una delle parti, ma in realtà finiscono con il determinare il contenuto da dare al contratto, arrivando in alcuni casi anche a comminare la nullità di clausole, incidendo così fortemente sull'autonomia privata di un soggetto, che teoricamente non dovrebbe essere sottoposto al loro controllo. Contando che poi, in questa sede, è intervenuta la direttiva contro i ritardi nei pagamenti, si deve concludere che al fine di tutelare il cliente nei confronti dell'impresa che abusi della sua posizione di supremazia, si è arrivati a predisporre discipline "blindate" sulle quali lo stesso destinatario finale della tutela non può intervenire al fine di escluderle, modificarle o

---

comunicazione senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate.

Viene dettata una disciplina specifica in relazione al credito al consumo, ovvero alla concessione, nell'esercizio di un'attività commerciale o professionale, di credito sotto forma di dilazione di pagamento, di finanziamento, o di altra analoga facilitazione finanziaria a favore di una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività imprenditoriale o professionale eventualmente svolta (art. 121, d.lgs. n. 385/93). In particolare, le sanzioni in caso di mancato rispetto della disciplina possono essere o la nullità parziale, oppure la sostituzione o l'integrazione di clausole nulle o mancanti (art. 124).

Per quanto attiene, invece, all'attività di intermediazione finanziaria, il testo unico delle finanze, d.lgs. n. 58/98 (T.U.F.) detta una tutela minima a favore di tutti i soggetti che entrino in contatto con l'intermediario abilitato, gli investitori. L'attività degli intermediari, inoltre, è sottoposta al controllo da parte della Consob. In passato si erano posti problemi di coordinamento tra il T.U.B. e il T.U.F., risolti poi con la previsione contenuta nell'art. 23, comma 4 del T.U.F.

Anche il Testo unico della finanza al fine di proteggere maggiormente il cliente prevede obblighi di trasparenza, diligenza e correttezza; prevede, all'art. 23, che, i contratti relativi alla prestazione dei servizi di investimento debbano essere redatti per iscritto ed una copia venga consegnata al cliente (la Consob, sentita la Banca d'Italia, però può prevedere con regolamento che per motivate ragioni tecniche, particolari tipi di contratto possano o debbano essere stipulati in forme differenti). Lo stesso vale per il contratto relativo alla gestione di portafogli di investimento (art. 24). In caso di inosservanza delle prescrizioni sulla forma, la nullità del contratto può essere fatta valere solo dal cliente. Vengono previste ipotesi di recesso al fine di tutelare il cliente: si pensi all'art. 30 relativo alle offerte fuori sede, che prevede, al comma 6, prevede che l'efficacia di tali contratti rimanga sospesa per la durata di sette giorni dalla sottoscrizione da parte dell'investitore, termine entro il quale l'investitore può comunicare il suo recesso. Inoltre, viene previsto che la mancata indicazione della facoltà di recesso determina la nullità del contratto che può essere fatta valere solo dal cliente. Vengono previsti, inoltre, particolari obblighi informativi.

<sup>80</sup> Un discorso analogo potrebbe essere fatto anche in relazione alle imprese di assicurazione che sono sottoposte al controllo dell'Istituto per la vigilanza sulle assicurazioni private (Isvap).

limitarle. La tutela, pertanto, si realizza togliendo il potere contrattuale a entrambe le parti<sup>81</sup>.

### 3. L'imprenditore debole.

Dalla tutela del “contraente debole” consumatore il legislatore comunitario passò, successivamente, anche alla tutela del “contraente debole” imprenditore<sup>82</sup>. Per molto tempo si è lasciato l'ambito degli scambi commerciali alla più ampia autodeterminazione: l'imprenditore, in quanto soggetto che, ai sensi dell'art. 2082 c.c., esercita professionalmente un'attività economica organizzata al fine della produzione o dello scambio di beni e servizi, veniva reputato, a maggior ragione, il miglior arbitro dei suoi interessi. Il particolare *favor* del legislatore del 1942 verso l'esercizio dell'attività di impresa comportava che solo in condizioni eccezionali potessero venire posti limiti a tale attività per tutelare interessi differenti<sup>83</sup>.

Lentamente, ci si è resi conto che anche nei rapporti tra imprenditori spesso sussiste una differente forza contrattuale tra le parti<sup>84</sup> e che l'abuso del potere contrattuale da parte di un contraente ai danni dell'altro, anche se avviene tra imprenditori, danneggia il mercato e i consumatori stessi<sup>85</sup>.

Da questa constatazione iniziò a sentirsi l'esigenza di offrire tutela anche all'“imprenditore debole”, figura spesso presente nella prassi dei rapporti contrattuali tra imprenditori, ma estranea al nostro ordinamento, così come a quello comunitario, i quali, pur presupponendo in alcune disposizioni una situazione di debolezza in capo ad un imprenditore, non

---

<sup>81</sup> Manifesta alcune preoccupazioni, R. CLARIZIA, *Nuovi limiti all'autonomia contrattuale tra le parti*, cit., p. 276 ss.

<sup>82</sup> La normativa comunitaria ha, di fatto, prefigurato una sorta di trilogia contrattuale: il contratto di diritto comune, i contratti dei consumatori e i contratti dell'impresa. In questo senso, R. PERCHINUNNO, *Profili generali*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, v. IV, Padova, 2003, p. 11.

<sup>83</sup> Suddetto *favor* veniva manifestato da una pluralità di disposizioni: si pensi alla stessa disciplina delle condizioni generali del contratto che prevedono l'opponibilità alla controparte di un regolamento contrattuale predisposto unilateralmente una volta ottemperato all'onere di renderle conoscibili e nella quale viene fatto gravare sulla controparte l'onere di attivarsi utilizzando l'ordinaria diligenza al fine di verificare l'esistenza di suddette clausole; si pensi ancora alla regola dell'interpretazione del contratto secondo l'uso del luogo della sede dell'impresa, oppure alla sopravvivenza della proposta contrattuale in caso di morte o perdita di capacità dell'imprenditore. Solo eccezionalmente il legislatore interveniva per porre limiti a tale attività. Si pensi all'obbligo di contrarre per il monopolista.

<sup>84</sup> A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, cit., p. 131.

<sup>85</sup> In questo senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 396.

prendono espressamente in considerazione tale soggetto e non ne forniscono una definizione<sup>86</sup>. D'altra parte, sicuramente non risulta facile definire a priori quali siano gli imprenditori meritevoli di particolare tutela, dal momento che le ragioni della loro debolezza sono dovute a fattori momentanei e contingenti rinvenibili nello specifico rapporto con la controparte, da qui la constatazione che non si tratta di una situazione assoluta, ma relativa, in quanto riferita allo specifico rapporto con un altro imprenditore, ben potendo lo stesso contraente in altre situazioni rivestire la posizione di parte forte<sup>87</sup>. Inoltre, - e questo è il dato che merita di essere maggiormente sottolineato - tale condizione di "sudditanza" potrebbe essere dovuta alle circostanze più differenti<sup>88</sup>. L'unica soluzione, di conseguenza, parrebbe essere quella di rinunciare a definire ex ante cosa si intende per imprenditore debole, anche al fine di non ancorarsi a rigide definizioni che possano poi portare ad attribuire protezione a soggetti che deboli non sono, ma di valutare ex post, alla luce delle circostanze esistenti nel caso concreto, la sussistenza di un differente potere contrattuale tra le parti<sup>89</sup>.

Nondimeno, sarebbe possibile individuare dei "criteri" per poter svolgere siffatto giudizio proprio nell'ambito delle discipline che

---

<sup>86</sup> Sottolinea che la stessa Comunità europea non ha formulato espressamente alcuna normativa di protezione riferita al cd. *Imprenditore debole*, per evitare interferenze nello svolgimento della libera concorrenza, E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, « terzo contratto »*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 124 ss.

<sup>87</sup> E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., p. 10, sottolinea che la qualità di imprenditore debole deve essere accertata in concreto, essendo contingente, momentanea, occasionale e relativa. L'A. sottolinea infatti che per l'ordinamento non è l'imprenditore in genere a meritare tutela ma la particolare situazione di debolezza in cui si viene a trovare rispetto all'altro.

In relazione alla definizione di imprenditore debole va osservato anche che, diversamente dal consumatore, in relazione al quale non si ponevano grandi problemi, trattandosi, almeno di regola, di soggetto debole in quanto tale, dal momento che, agendo al di fuori del proprio ambito professionale, si trova in una condizione di asimmetria informativa; l'imprenditore non può essere considerato debole in quanto tale, dal momento che opera nel suo ambito professionale.

<sup>88</sup> Si deve riconoscere che le condizioni che possono determinare la debolezza di un imprenditore possono essere le più svariate, come ad esempio la dipendenza tecnologica, oppure economica, l'aver sostenuto particolari investimenti non reimpiegabili, oppure fattori endogeni derivanti dalle condizioni del mercato. In tal senso, F. CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, in *Studi in onore di D. Messinetti*, Napoli, 2008, p. 178.

<sup>89</sup> F. CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, cit., p. 181, il quale sottolinea che il controllo dei rischi di abuso non può essere regolata ex ante ma spesso richiede un'indagine specifica che solo i giudici e regolatori sono in grado di fare. Tale indagine dovrà riguardare la struttura dei mercati di riferimento, la presenza di investimenti specifici, il livello di affidamento specifico, ecc.

tradizionalmente vengono considerate a tutela di imprenditori deboli<sup>90</sup>, come la subfornitura, il franchising e il contratto di agenzia<sup>91</sup>, dove, come avremo modo di verificare in seguito, gli imprenditori sono soggetti che difficilmente potrebbero slegarsi dal rapporto contrattuale. Un aiuto, in tal senso, ci proviene anche dai Principi del diritto europeo dei contratti predisposti dalla commissione presieduta da Olè Lando, dove vengono ipotizzate delle situazioni che possono rendere un contraente, in una determinata circostanza, un contraente debole<sup>92</sup>.

Pur riferendosi la questione propriamente alla figura dell'imprenditore debole, all'interno di detta nozione pare opportuno far rientrare anche il professionista debole<sup>93</sup>, anche alla luce della nozione di imprenditore adottata in ambito comunitario<sup>94</sup>, al fine di non escludere

---

<sup>90</sup> Tali criteri non ci verrebbero indicati espressamente dal legislatore, non potendo, ad esempio, essere richiamata in tal senso la disposizione sulla dipendenza economica, che, in realtà, si limiterebbe a regolare un'ipotesi particolarmente "grave" di debolezza contrattuale.

<sup>91</sup> Il subfornitore, ad esempio, viene considerato debole perché, svolgendo una prestazione ad hoc nell'ambito del processo produttivo del committente, la quale spesso richiede l'acquisizione di conoscenze specifiche e l'effettuazione di investimenti non altrimenti reimpiegabili, in buona sostanza, si trova ad essere un soggetto senza mercato; lo stesso può valere per il franchisee, il quale, addirittura, nel momento dell'ingresso della rete deve anche corrispondere una royalty ed effettuare investimenti non riutilizzabili. Per quanto attiene all'agente, invece, le ragioni della sua debolezza consistono nella scarsa autonomia che ha nei confronti del preponente; circostanza che giustifica l'applicazione nei suoi confronti delle norme sul lavoro subordinato.

<sup>92</sup> L'art. Art. 4:109 comma 1, che prevede che la parte possa annullare il contratto se al momento della conclusione dello stesso: lett. a) si trovava in uno stato di dipendenza rispetto all'altro contraente ovvero se aveva con esso un rapporto di fiducia, se era in stato di dissesto economico oppure in stato di bisogno, ovvero se era imprevidente, privo di cognizioni, di esperienza o di inettitudine alle trattative e b) l'altro contraente ne era a conoscenza o avrebbe dovuto esserlo e, considerate le circostanze e lo scopo del contratto, approfittava della situazione in cui versava la parte bisognosa in maniera palesemente ingiusta o ne ricavava un eccessivo guadagno.

<sup>93</sup> G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 857, dice che in determinate circostanze si assiste al riconoscimento di una nozione amplissima di impresa tale da intendere ogni organizzazione durevole di una attività economica autonoma normalmente rivolta a finalità di lucro.

<sup>94</sup> Sulla nozione di imprenditore nel nostro ordinamento, si rimanda a F. GALGANO, *L'imprenditore*, in V. AFFERNI, M. BIONE, F. CAVAZZUTI, R. COSTI, F. GALGANO, B. INIZIARTI, A. NIGRO, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, Padova, 1978, p. 23 ss.

Sulla nozione di imprenditore che caratterizza il diritto comunitario, si rimanda a F. GALGANO, *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. e impr. eu.*, 1997, p. 14 ss., il quale afferma che se nell'ambito del nostro ordinamento si esclude che gli esercenti professioni intellettuali possano essere considerati imprenditori, diversamente sembrerebbe avvenire in ambito comunitario, in particolare nell'ambito del diritto della concorrenza. In particolare, l'A. richiama delle decisioni della Commissione (quella del 30 gennaio 1995 e quella del 16 novembre 1995) dalle quali emergerebbe una definizione di impresa volta a ricomprendere qualsiasi entità che esercita un'attività economica a prescindere dal suo status giuridico e dalle sue

irragionevolmente tale soggetto dall'applicazione di qualsivoglia normativa di protezione.

Procedendo poi con quello che è il profilo più rilevante, ovvero quello degli strumenti di tutela offerti all'imprenditore debole, va sottolineato che in un primo momento si è ragionato sulla possibilità di applicare anche a quest'ultimo, in via diretta, tramite l'assunzione di una nozione ampia di consumatore, la disciplina prevista a tutela di questa differente figura di "contraente debole"<sup>95</sup>. Questa possibilità è stata, però,

---

modalità di funzionamento. Sottolineano che le decisioni della Corte di giustizia hanno particolarmente insistito sul concetto di professionista come imprenditore G. BONFANTE e G. COTTINO, *L'imprenditore*, Padova, 2001, p. 455 ss., dove viene sottolineato che non sussistendo a livello comunitario una nozione uniforme di imprenditore, l'elaborazione della stessa è stata rimessa alla Corte di Giustizia, che è giudice di legittimità sia degli atti della Commissione che dell'interpretazione delle norme comunitarie e alla Commissione, che esercita il potere di controllo sul rispetto delle norme sulla concorrenza. Si è in questo modo giunti ad una nozione di impresa come un'attività economica diretta alla produzione di beni e di servizi per il mercato, senza alcun riferimento alla necessità dello scopo di lucro. Gli A. arrivano così a concludere che in ambito comunitario possano essere considerati imprenditori: gli imprenditori agricoli, quelli commerciali, gli artigiani, gli imprenditori industriali, i singoli e i professionisti, i commercianti e le società.

In particolare, E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., p. 10, sottolinea che il diritto comunitario non distingue la nozione di professionista e di imprenditore in relazione alla disciplina dei contratti dei consumatori, includendo entrambi questi soggetti nella definizione di professionista. In particolare, secondo alcuni anche in alcune disposizioni del nostro ordinamento non sussisterebbe una distinzione tra professionista e imprenditore.

<sup>95</sup> Per quanto attiene alla nozione di consumatore, deve darsi atto che si tratta di una categoria trasversale, di una super categoria comprensiva di molte categorie. Prima del 2006, il termine consumatore non riceveva un'univoca definizione legislativa, dal momento che tale figura veniva definita non solo nel codice civile all'art. 1469 bis, ma anche in alcune leggi speciali. L'attuale definizione di consumatore contenuta nell'art. 3 del codice del consumo ripropone la definizione che forniva il codice civile in sede di disciplina delle clausole vessatorie. In passato era sorto un forte dibattito relativamente alla nozione di consumatore. Per un'approfondita trattazione sul tema si rimanda a G. CHINÈ, *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. I, cit., p. 435 ss.; E. GABRIELLI, *Il consumatore e il professionista*, in AA.VV., *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, t. I, Torino, 2005, p. 5 ss. F. CARINGELLA e G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Il contratto*, cit., p. 68. Due erano le problematiche principali sulle quali vi fu molto dibattito in dottrina: la prima se anche una persona giuridica potesse essere considerata un consumatore; la seconda, verteva sul significato dell'espressione "per scopi esterni". In ordine alla prima questione, la disposizione, almeno stando ad un'interpretazione letterale, sembrerebbe consentire l'applicazione della relativa disciplina solo alle persone fisiche. Alcuni hanno criticato il riferimento esclusivamente alla persona fisica dal momento che le identiche ragioni di protezione potrebbero sussistere anche nei confronti di una persona giuridica. In questo senso, G. OPPO, *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 12; F. MACARIO, *Norme di attuazione di direttive comunitarie in materia di credito al consumo. Artt. 121-126 d.lgs. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – Commento all'art. 121 (Nozione)*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 1994, p. 779, E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, cit., p. 32, e di conseguenza hanno proposto l'applicazione in via analogica anche alle persone giuridiche di detta disciplina. Pertanto, alcuni hanno dubitato della legittimità costituzionale della norma tutela esclusivamente a favore

esclusa dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, la quale pronunciandosi espressamente sulla nozione di consumatore, ha sostenuto che vada adottata una nozione restrittiva, all'interno della quale non appare

---

delle persone fisiche. La questione di legittimità costituzionale sollevata dal Giudice di Pace dell'Aquila in data 3 novembre 1997, in *Giust. civ.* 1998, I, p. 2341, è stata dichiarata manifestamente inammissibile dalla Corte Costituzionale, ord. 30 giugno 1999, n. 282, in *Foro it.*, 1999, I, p. 3118. Successivamente, la questione è stata risolta dal giudice di Pace di Sanremo, 5 luglio 2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 649. Si sosteneva, infatti, che la disposizione non fosse compatibile con gli artt. 3, 25 e 41 della Costituzione, dal momento che l'art. 1469 *bis* non equiparava al consumatore le piccole imprese e le imprese artigiane le quali, allo stesso modo del consumatore persona fisica, potevano venirsi a trovare in una posizione di particolare squilibrio contrattuale nei confronti delle imprese medio-grandi. La Corte costituzionale, ord. 22.11.02, n. 469, in *Foro it.*, 2003, I, c. 332, ha sostenuto essere ragionevole la scelta del legislatore italiano dal momento che, in questo modo, si è uniformato a quanto previsto dagli altri paesi dell'Unione europea. Da ultimo, il Tribunale di Napoli 22.07.02, ord., in *Foro it.*, 2003, I, c. 336; Trib. Napoli, 14.11.02, ord., in *Corr. giur.*, 2003, p. 657. Quest'ultima è stata dichiarata inammissibile con ord. n. 235/2004. La disputa sembra essere stata conclusa in virtù della sentenza della Corte di giustizia delle comunità europee, sez. III, 22.11.01, causa C – 541/99 e C- 542/99, in *Corr. giur.* 2002, p. 445 ss. Inoltre, si discuteva su cosa si dovesse intendere per scopi estranei all'attività imprenditoriale eventualmente svolta. Da qui si diffusero due differenti teorie, la prima estensiva, che interpretava in modo ampio il requisito dell'estraneità in modo da estendere il più possibile l'ambito di tutela. In dottrina, si v. U. COREA, *Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. civ.*, 1999, I, p. 13 ss. I sostenitori di tale tesi distinguevano tra atti della professione e atti relativi alla professione, arrivando a concludere che deve essere considerato consumatore anche colui che acquista un bene o richiede una prestazione nel quadro della prestazione professionale svolta, qualora la stipula del contratto non sia inquadrabile tra le manifestazioni di quell'attività. In giurisprudenza, Trib. Roma 20.09.99, in *I contratti*, 2000, p. 442 ss.; Trib. Vibo Valentia, 28.10.98, in *Rass. giur. en. El.*, 1998, p. 433. Diversamente, la teoria restrittiva, si suddivideva in due filoni, la teoria soggettiva sosteneva che si dovesse tenere in considerazione lo scopo dell'attività svolta dal soggetto. In particolare, laddove tale scopo in qualche modo fosse stato coincidente con il soddisfacimento di esigenze di tipo professionale, allora il soggetto sarebbe stato qualificabile come professionista e non come consumatore; diversamente, laddove tale scopo coincidesse con esigenze della vita privata, allora lo si dovrebbe qualificare come consumatore. In dottrina, D. MAFFEIS, *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469- bis e seguenti c.c.*, in *I contratti*, 2000, p. 448; E. GABRIELLI, *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 1163; N. ROCCO DI TORREPADULA, *Sulla nozione di consumatore*, in *I contratti*, 2007, p. 1075 ss. Alla teoria soggettiva, accusata di comportare eccessive difficoltà di accertamento, si contrapponeva la teoria oggettiva che sosteneva si dovesse svolgere un accertamento obiettivo in ordine alle caratteristiche strutturali del bene e ai suoi legami funzionali con l'attività professionale svolta, negando qualsiasi rilevanza alle motivazioni psicologiche. In questo senso, L. GATT, *Ambito di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in AA.VV., *Commento al Capo XVI-bis Codice civile: dei contratti con i consumatori*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1997, p. 823 ss. La Corte di giustizia della Comunità europee sembra avallare tale tesi, Corte di giustizia, sez. II, sent. 20 gennaio 2005, dove ha ribadito che si deve valutare il dato oggettivo e funzionale. Inoltre, l'espressione per scopi estranei crea il problema di determinare se si possa definire consumatore colui che agisce per finalità promiscue oppure miste o per scopi solo connessi. Si dice che la definizione è insufficiente per realizzare la finalità di tutela che si è prefissata. In questo senso, M. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, cit., p. 2607 ss.



possibile ricomprendere l'imprenditore debole<sup>96</sup>. In secondo luogo, si è cercato di capire se fosse possibile estenderne l'applicazione in via analogica, trattandosi in entrambi i casi di contraenti deboli. Nondimeno, questa possibilità è stata esclusa, essendo differenti le ragioni che determinano la debolezza di questi soggetti e le ragioni che ne giustificano una correlata protezione<sup>97</sup>. Il diverso trattamento riservato al consumatore e all'imprenditore debole si giustifica, pertanto, sulla base del principio di eguaglianza<sup>98</sup>.

---

<sup>96</sup> Corte Ce, 17.07.98, causa C- 291/96, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 129; Corte Ce, 22.11.01, C - 541/99 e C - 542/99, in *Giust. it.*, 2002, p. 543; Corte Ce, 3.07.97, causa C-269/95, in *Giust. civ.*, 1999, p. 13; Corte Ce, 17.07.98, causa C- 291/96, in *Foro it.*, 1999, IV, c. 129. Nello stesso senso la Corte di cassazione: Cass., 25.07.01, n. 10127, in *Giust. it.*, 2002, p. 543; Cass., 14.04.00, n. 4843, in *Foro it.*, 2000, I, c. 3196; Cass., 25.07.01, n. 10127, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 634; Cass. 11.10.02, n. 14561, in *Corr. giur.*, 2000, p. 1006 ss.

<sup>97</sup> Il consumatore, infatti, è debole per il fatto che agisce in un settore che non gli compete, e, di conseguenza, non dispone delle informazioni e delle conoscenze di cui dispone il professionista. Si tratta di un contraente inesperto perché conclude meno contratti di quel tipo rispetto all'imprenditore. Inoltre, la standardizzazione dei contratti impedisce che si verifichino effettivamente delle trattative. La rapidità della conclusione dei contratti e i luoghi in cui si realizza la stessa tendono a far sì che il consumatore non abbia tempo di meditare. Inoltre, vista la diffusione di contratti standard, il consumatore non dispone di alternative e può solo scegliere se concludere o meno quel determinato contratto. In questo senso, G. BENACCHIO, *Il diritto privato della comunità europea*, cit., p. 322. G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, cit., p. 20, sottolinea che il consumatore appartiene ad una categoria strutturalmente priva di un paritario potere contrattuale. Non si può invece escludere che il professionista debole non abbia tali conoscenze.

Alcuni, tra i quali, L. DELLI PRISCOLLI, *"Consumatore" "imprenditore debole" e principio di uguaglianza*, cit., p. 757, seppur riconoscono che alcune ragioni che giustificano la tutela del consumatore ben potrebbero caratterizzare anche l'imprenditore debole, concludono che, anche se le ragioni alla base della tutela, sono le medesime, non è possibile ricorrere all'analogia e a favore dell'imprenditore debole perché a favore di quest'ultimo viene prevista un'apposita disciplina e, pertanto, non vi sarebbe alcuna lacuna.

<sup>98</sup> Deve darsi atto del fatto che, sostanzialmente, la debolezza del consumatore non viene accertata in concreto, ma viene presunta, in quanto dato strutturale dovuto al fatto che il contratto viene predisposto unilateralmente. Presunzione superabile solo con la prova della avvenuta trattativa individuale (art. 34). Di conseguenza, il consumatore non necessariamente è un soggetto "debole". Diversamente, la situazione di debolezza ascrivibile all'imprenditore deve essere accertata in concreto. In questo senso, G. AMADIO, *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 303, sottolinea che accanto alla figura del consumatore debole si è fatta strada quella del professionista debole, protagonista di una contrattazione terza rispetto alle prime due. Ma in questo caso l'asimmetria di potere assume connotazioni così peculiari da richiedere un approccio protettivo differenziato. Nel caso del consumatore l'asimmetria è presunta o implicita nella diversità dei ruoli. Invece, nel caso del professionista si sostituiranno meccanismi di controllo dell'asimmetria in concreto.

In senso critico sulla distinzione tra contratti commerciali e contratti dei consumatori, L. BIGLIAZZI GERI, *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996, p. 322. Anche G. BENACCHIO, *Il diritto privato della comunità europea*, cit., p. 326, sottolinea che il soggetto che riveste un ruolo astrattamente debole nel sistema economico non è detto che sia

Vanno però segnalate delle situazioni particolari che potrebbero in qualche modo indurre a pensare che degli “imprenditori” deboli possano avvalersi, anche, della disciplina prevista a tutela dei consumatori. In alcuni casi, emblematico in questo senso potrebbe essere l'esempio del franchising, nella fase antecedente alla conclusione del vincolo contrattuale, una delle parti non può ancora essere considerata un imprenditore, per il fatto che in quel momento non esercita ancora professionalmente un'attività economica diretta alla produzione o allo scambio di beni e servizi, e forse non la eserciterà neppure mai. Quindi, in buona sostanza, nella fase precontrattuale il futuro franchisee è soltanto un potenziale imprenditore debole, essendo un soggetto intenzionato ad intraprendere un'attività imprenditoriale, ma non ancora un imprenditore.

Questa constatazione ci porta a porci una seconda domanda, ovvero se il franchisee, prima della conclusione del contratto possa essere considerato un consumatore - una persona fisica che agisce per scopi estranei all'attività professionale eventualmente svolta. Chiaramente la soluzione dipende da come si intende l'espressione “per finalità estranee all'attività professionale eventualmente svolta”: seppur i soggetti in questione vogliano stipulare il contratto proprio per intraprendere un'attività professionale – risultando così la finalità per la quale agiscono legata ad un'attività di questo tipo -, il dato letterale che fa riferimento ad una condizione di attualità ci porterebbe a dire che tali soggetti possano essere considerati consumatori, potendo, così, venire tutelati anche dalle disposizioni dettate in materia di consumatori<sup>99</sup>.

In questo modo, sarebbe possibile, non solo attribuire a questi “imprenditori” strumenti che sono concessi ai consumatori nella fase precontrattuale, ma anche di ricorrere alla disciplina delle clausole vessatorie, dal momento che anche se nel momento in cui tali rimedi si vanno a far valere il soggetto non può più essere considerato consumatore,

---

poi nella specifica trattativa un soggetto debole, mentre un artigiano che stipuli gli stessi contratti, pur essendo in concreto debole, non potrebbe usufruire della stessa tutela. Si sottolinea, in definitiva, che la disciplina non mira a tutelare il consumatore in quanto contraente debole, ma in quanto consumatore *tout court*.

<sup>99</sup> Non a caso i rimedi previsti per tutelare il futuro franchisee nella fase delle trattative, in quanto fortemente improntati alla logica della disclosure, richiamano fortemente quelli previsti per tutelare i consumatori, soggetti in condizione di debolezza proprio in virtù della condizione di asimmetria informativa.

ma un imprenditore/professionista, nel momento in cui la regolamentazione è stata prevista, era consumatore e quindi disponeva di strumenti per evitare che fossero stabilite condizioni particolarmente gravose dal punto di vista normativo.

Va rilevato, però, che tale lettura della disposizione viene disattesa da un consolidato orientamento, secondo il quale deve essere considerata attività imprenditoriale anche quella meramente preparatoria allo svolgimento della stessa: di conseguenza, anche questa strada si dimostra insoddisfacente, dovendosi escludere sia la possibilità di ricorrere in via diretta, che analogica alla disciplina a tutela dei consumatori<sup>100</sup>.

#### **4. Strumenti diretti a tutelare l'imprenditore debole.**

In ogni caso, gli strumenti volti a tutelare in via generale questa nuova figura vanno ricercati altrove. Il primo passo in questa direzione è stato mosso con la legge 10 ottobre 1990 n. 287 “Norme per la tutela della concorrenza e del mercato”<sup>101</sup> (c.d. legge antitrust), disciplina che mira a tutelare il mercato dalle distorsioni che possono conseguire ad accordi anticoncorrenziali, ma che, indirettamente, tutela anche l'imprenditore che proprio a causa di suddette distorsioni potrebbe venire a trovarsi in posizione di debolezza<sup>102</sup>. Tale tutela “indiretta” incontra però il limite di

---

<sup>100</sup> In tal senso, Corte Giust. Ce, 3.07.97, causa C – 269/95, in *Giust. civ.*, 1999, p. 13 ss. In questa circostanza la Corte si era proprio pronunciata nel senso di escludere la possibilità di considerare alla stregua di un consumatore il franchisee che aveva concluso un contratto di franchising per lo svolgimento di una successiva attività imprenditoriale.

<sup>101</sup> La legge *antitrust* ha introdotto un divieto di intese limitative della libertà di concorrenza e di abusi di posizione dominante all'interno del mercato, e la nullità dei patti posti in essere in violazione di suddetto divieto. In particolare, sono previste forme di controllo attraverso un organo appositamente costituito che è l'Autorità garante della concorrenza e del mercato, un organo collegiale dotato di piena autonomia e di indipendenza di giudizio e di valutazione. Per quanto attiene al diritto comunitario della concorrenza, si rimanda a, S. BASTIANON, *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005, p. 83 ss., dove viene sottolineato che la disciplina antitrust avrebbe ulteriori finalità rispetto a quella dell'efficienza del mercato; AA.VV., *La concorrenza*, a cura di A. Frignani e R. Pardolesi, Torino, 2006, *passim*; A. PAPPALARDO, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007, *passim*, in particolare a p. 13, dove viene sottolineato che la concorrenza consente di raggiungere risultati superiori rispetto a quelli conseguibili in sua assenza, e che favorisce i consumatori che si trovano nella facoltà di scegliere.

<sup>102</sup> A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, cit., p. 131; A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, p. 266, sostiene che la disciplina volta a tutelare la concorrenza finisce con il tutelare il contraente debole creando o mantenendo una situazione di mercato che veda in gara gli

poter trovare applicazione solo laddove sussista un'effettiva lesione della concorrenza, non essendo sufficiente la differente forza contrattuale tra le parti<sup>103</sup>. Un discorso analogo, per certi versi, può essere svolto relativamente alle previsioni in materia di concorrenza sleale di cui agli artt. 2598 c.c. e ss., la cui applicazione presuppone che le imprese siano in rapporto di concorrenzialità<sup>104</sup>.

Per quanto attiene, invece, agli strumenti espressamente previsti al fine di tutelare l'imprenditore debole, a parte qualche sporadica disposizione volta a tutelare tipologie di imprenditori "deboli" contenuta all'interno della disciplina dei contratti dei consumatori<sup>105</sup>, occorre sottolineare che gli interventi più significativi, sui quali si avrà modo di tornare ampiamente in prosieguo, sono rappresentati dalla disciplina relativa alla subfornitura, e particolarmente la disposizione di cui all'art. 9,

---

imprenditori per l'acquisizione della clientela, premessa per l'offerta ai consumatori di condizioni migliori.

<sup>103</sup> Alla luce del fatto che tali regolamentazioni risultano forme di tutela solamente indiretta, e quindi non specificatamente dettate a tutelare l'imprenditore debole, nella successiva trattazione si ritiene di dover trascurare le stesse.

<sup>104</sup> La giurisprudenza, di regola, richiede un ulteriore presupposto per l'applicazione della disposizione di cui all'art. 2598 c.c., ovvero che le parti siano tra loro in rapporto di concorrenzialità. In tal senso, G. GHIDINI, *La concorrenza sleale*, Tornino, 2001, p. 58, il quale sottolinea che la dicitura concorrenza sleale farebbe di per sé presupporre la necessità di un rapporto di concorrenza tra le parti. In generale, viene affermato che la capacità dannosa dell'atto consista nella sua capacità di sviare la clientela e postuli quindi una comunanza della clientela tra i soggetti. Anche se a dire il vero si riconosce la sussistenza di un rapporto di concorrenzialità, anche tra soggetti che operino a diversi stadi della catena produttivo-distributiva, in considerazione della loro incidenza sulla medesima cerchia di consumatori, e quindi comunque dell'idoneità dell'atto a operare uno sviamento della clientela in danno ad un soggetto. In tal senso, Trib. Bari, 9.06.93, in *Giur. ita*, 1993, p. 634. Si tende di conseguenza, invece, a escludere l'applicabilità della disposizione nei rapporti tra imprenditori che operino alla medesima organizzazione produttivo-distributiva. In tal senso, Trib. Catania, 31.05.91, in *Giust. civ.*, 1991, p. 569. Per una panoramica sulle differenti teorie in materia si rimanda a P. DI TULLIO, *sub. Art. 2598 c.c.*, in *Concorrenza sleale e pubblicità*, diretto da G. Marchetti e L.C. Ubertazzi, Padova, 1998, p. 6 ss. Se effettivamente anche questo requisito venisse in concreto richiesto le possibilità in concreto di applicare la disposizione verrebbero ulteriormente ridotte, restringendo così le possibilità di tutelare un imprenditore debole. In qualche modo quello che astrattamente dovrebbe richiedere la disciplina sulla concorrenza sleale è la qualità di concorrente. In buona sostanza di dovrà capire come viene applicata in concreto la disposizione in questione.

<sup>105</sup> Si pensi all'art. 37 del codice del consumo, che attribuisce la legittimazione per esercitare l'azione inibitoria contro i professionisti o le associazioni di professionisti che utilizzano o che raccomandano l'utilizzo di condizioni generali vessatorie anche alle associazioni rappresentative dei professionisti e alle camere di commercio. Oppure all'art. 36 comma 4, che prevede che il venditore ha diritto di regresso nei confronti del fornitore per danni che ha subito in conseguenza della declaratoria di nullità delle clausole dichiarate abusive. Inoltre, all'art. 131 che prevede che quando il venditore finale è responsabile nei confronti del consumatore a causa di un difetto di conformità imputabile ad un'azione o ad un'omissione del produttore, di un precedente venditore della catena contrattuale distributiva o di qualsiasi altro intermediario, ha diritto al regresso nei confronti del soggetto responsabile.

che è volta a sanzionare l'abuso di dipendenza economica, ossia l'abuso dell'altrui debolezza contrattuale a prescindere da eventuali distorsioni sul mercato<sup>106</sup>; dalla disciplina prevista dal d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231, attuativo della direttiva 2000/35/CE<sup>107</sup> relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e, infine, dalla disciplina prevista per il contratto di franchising dalla l. n. 128/04.

## 5. Il terzo contratto come categoria giuridica.

Quanto esposto consente di tornare a riflettere se, alla luce dell'attuale disciplina normativa riguardante l'imprenditore debole, sia possibile cercare di compiere un'astrazione e ricavare l'esistenza di una

---

<sup>106</sup> Per tutti si v., G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 253 ss.

Da subito, però, va sottolineato che tale disposizione pare avere un ambito di applicazione sicuramente più ampio rispetto alle ipotesi di contratto di subfornitura. Nel senso che tale disposizione possa avere portata generale in quanto espressiva dei principi di solidarietà e di eguaglianza sostanziale, E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, cit., p. 42.

Pare sussistere una sorta di linea di continuità tra la disciplina relativa al divieto di abuso di dipendenza economica e la disciplina sulle clausole abusive nei contratti dei consumatori. In questo senso, tra gli altri, L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999, p. 161. Entrambe le disposizioni mirano a correggere gli squilibri dovuti all'imposizione unilaterale delle clausole. Viene però sottolineato da alcuni, tra i quali, E. CAPOBIANCO, *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, cit., p. 42, che sussistono, nondimeno, significative differenze: da un lato lo squilibrio deve essere eccessivo, dall'altra semplicemente significativo; l'abuso di dipendenza economica, inoltre, si applica anche in caso di trattativa individuale, a differenza di quanto previsto in sede di clausole vessatorie; la disciplina dei contratti dei consumatori prevede, poi, una serie di presunzioni che ne assicurano una sostanziale automaticità di applicazione, mentre l'abuso di dipendenza economica va valutato in concreto tenendo conto della reale possibilità di rinvenire eventuali alternative. Poi nel primo caso si dice che si deve tenere in considerazione solo lo squilibrio giuridico, mentre nel secondo caso si fa riferimento all'eccessiva disparità economica.

Alcuni ne hanno fatto uno degli indici dell'affermarsi del principio di giustizia contrattuale, tra questi, A. CERIDONO, *sub art. 9*, in AA.VV., *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, p. 431, afferma che intervento rientra tra quelli che sembrano segnare un lento spostamento dalle concezioni soggettivistiche del contratto, basate sul dogma della volontà, e quelle oggettivistiche basate sulla congruità dello scambio. In particolare, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. 6, sostiene che si possano rinvenire delle affinità elettive tra la disciplina dell'abuso di dipendenza economica, quella dei contratti dei consumatori, i principi Unidroit, la disciplina dello European contract law e la disciplina relativa ai ritardi sui pagamenti.

<sup>107</sup> Pubblicata nella G.U.C.E. dell'8 agosto 2000, L. 200/35.

vera e propria categoria giuridica riconducibile alla figura dell'imprenditore debole<sup>108</sup>.

La dottrina, ormai di frequente, parla della tipologia del terzo contratto<sup>109</sup>, categoria residuale nella quale vengono fatti rientrare i rapporti contrattuali non riconducibili né al primo contratto, ovvero quello concluso tra parti dotate del medesimo potere contrattuale, né al secondo

---

<sup>108</sup> Alcuni desumerebbero l'impossibilità di configurare la categoria del terzo contratto proprio dal fatto che non sia possibile in buona sostanza predeterminate a priori il soggetto a cui tale categoria si riferirebbe. In tal senso, E. MINERVINI, *Status delle parti e disciplina del contratto*, cit., p. 10, il quale afferma che l'impossibilità di ricostruire detta categoria dipende dal fatto che la stessa verrebbe costruita attorno ad una figura, l'imprenditore debole, la cui debolezza dovrebbe venire accertata in concreto. Ma tale osservazione non parrebbe di per sé determinante posto che parrebbe possibile ricavare degli indici della condizioni di debolezza.

<sup>109</sup> Si attribuisce la paternità di tale definizione a R. Pardolesi che utilizza tale espressione nella prefazione del testo di G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica, tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti, Un'analisi economica e comparata*, Torino, 2004, p. XIII. Utilizzano questa classificazione, in particolare, A. GIANOLA, *Autonomia privata e terzo contratto*, cit., p. 137; V. ROPPO, *Il contratto nel duemila*, Torino, 2005, p. 53 ss.; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola generale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 701; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, cit., p. 303. In genere sulle problematiche legate al "terzo contratto", si rimanda a AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, cit., *passim*; G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, cit., p. 14 ss., dove viene sottolineato che gli indici dai quali verrebbe ricavata l'esistenza di tale categoria sarebbero l'art. 9 della l. n. 192/98; la disciplina dell'affiliazione commerciale e le norme sui ritardi di pagamento, d.lgs. n. 231/02. Alcuni sottolineano però che sarebbe possibile rinvenire il fondamento di tale categoria già nella disciplina a tutela della concorrenza, in questo senso G. VILLA, *Invalitità e contratto tra imprenditori in situazioni di asimmetria*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, cit., p. 114 ss. Sottolinea che è possibile attribuire differenti significati all'espressione terzo contratto, G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., p. 37.

F. CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, in *Studi in onore di D. Messinetti*, Napoli, 2008, p. 177, dove l'A. si sofferma sulla definizione stessa di terzo contratto. In particolare si interroga se essa possa ricomprendere solamente alcuni tipi di contratti, oppure se sia una definizione per così dire trasversale, propendendo poi per la seconda soluzione. L'A. si interroga, inoltre, su quali siano i tratti distintivi di tali contratti, e, in particolare, se essi siano desumibili dalla relazione contrattuale, oppure siano desumibili dalle forme di mercato in cui le parti si trovano ad operare. Se, di conseguenza, sia possibile individuare *a priori* quali siano i "terzi contratti" oppure se ciò sia possibile solo *a posteriori*, infine e, di conseguenza, se sia necessaria una disciplina *ad hoc*, oppure se è sufficiente una clausola generale che attribuisca al giudice poteri di intervento. L'A., in particolare a p. 181, conclude su questo aspetto che i rischi di abuso non possono essere valutati *ex ante*, perché occorrono valutazioni che solo il giudice *a posteriori* può fare, come la valutazione della struttura del mercato, la presenza di investimenti specifici, il livello di affidamento reciproco, i rischi di opportunismo postcontrattuale. Di conseguenza, per dare tutela all'imprenditore debole è necessaria una combinazione tra legislazione *ex ante* e interventi di controllo *ex post*.

Alcuni, proponendo una distinzione analoga a quella tra primo, secondo e terzo contratto, distinguono tra contratti business to business (B2B) e contratti business to consumer (B2C). In questo senso, M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, cit., p. 144; E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, cit., p. 317 ss.

contratto, quello concluso tra consumatore e professionista. Di “terzo contratto” si può parlare quando parti del rapporto siano imprenditori dotati di differente potere contrattuale. Una volta ricostruiti, dal punto di vista descrittivo, i tratti caratterizzanti, si deve però verificare se sia possibile parlare di una vera e propria categoria giuridica<sup>110</sup>, strumento concettuale sussistente laddove una materia sia regolata da disciplina specifica.<sup>111</sup>

A tal fine è necessario verificare, analizzando i vari contratti tra imprenditori, se la disciplina volta a regolare le singole fattispecie contrattuali presenti elementi di identità e, soprattutto, sia caratterizzata per una *ratio* comune. Solo in questo caso sarebbe possibile, tramite un procedimento di astrazione concettuale e per principi<sup>112</sup>, l'applicazione analogica degli strumenti posti a tutela della parte debole previsti in ordine a determinate fattispecie contrattuali anche ad altre fattispecie che abbiano come parte un imprenditore debole<sup>113</sup>.

Sono rinvenibili certamente alcune linee tendenziali, costanti nella legislazione speciale relativa a singoli contratti tra imprese: il neoformalismo, la predeterminazione del contenuto del contratto, forme di controllo sull'equilibrio del rapporto contrattuale. Questa constatazione però non basta, poiché appare essenziale comprendere se le stesse rispondano a esigenze settoriali oppure se abbiano valore sistematico, in quanto rispondenti a principi dell'ordinamento volti alla tutela del contraente debole imprenditore, come il principio di eguaglianza in senso sostanziale. Laddove, non si dovesse riscontrare una linea di continuità nelle discipline previste a tutela dell'imprenditore debole, oppure se risultasse che, in realtà, esse fossero dettate per garantire interessi differenti, come la tutela del mercato, allora si dovrebbe concludere che la

---

<sup>110</sup> L'attività classificatoria ha una sua rilevanza, in quanto classificare è una strategia regolativa P. FEMIA, *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre?*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, cit., p. 144.

<sup>111</sup> In questo senso, V. BUONOCORE, *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, cit., p. 184.

<sup>112</sup> M. ORLANDI, *Dominanza relativa e illecito commerciale*, cit., p. 144.

<sup>113</sup> Si pongono tali interrogativi, G. VETTORI, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. XXI, dove l'A afferma che si deve ragionare, se alcune norme che si riferiscono a rapporti speciali, possano assumere o abbiano già assunto carattere generale. In questo modo, norme nate per tutelare determinate categorie di soggetti deboli potrebbero, tramite la generalizzazione operata dai principi, aspirare a divenire regola nuova per ogni rapporto; C. CAMARDI, *Efficienza e reti di impresa*, cit., p. 199; G. VILLA, *Invalità e contratto tra imprenditori*, cit., p. 123.

categoria del terzo contratto sarebbe meramente descrittiva e che non sarebbe possibile l'applicazione degli strumenti di tutela oltre agli ambiti a cui espressamente sono destinati.

In tal senso, gioverà l'analisi dei singoli strumenti messi a disposizione del contraente debole imprenditore. Indagine particolarmente interessante, in quanto è su questo piano che manifesta l'autentico rilievo operativo del problema classificatorio.

L'eventuale possibile ricostruzione della categoria in esame come categoria normativa, condurrebbe successivamente a verificare la possibilità di applicare la disciplina a protezione dell'imprenditore debole anche tra imprese in rapporto di controllo o coordinamento, per le quali l'unico strumento di tutela, rappresentato dalla disciplina sui gruppi introdotta nel 2003, che prevede che l'illegittimo esercizio del potere di direzione e coordinamento debba essere sanzionato con l'obbligo di risarcire il danno. È significativo, in tal senso, come sia già emersa una discussione concernente il rapporto tra disciplina dei contratti e disciplina sui gruppi, al fine di ipotizzare la sussistenza di un'alternatività o meno di rimedi<sup>114</sup>.

In caso di esito negativo si potrà, comunque, verificare quali sono i margini i cui viene garantita tutela al contraente debole nei contratti tra imprenditori, e, in particolare, se vi siano strumenti che, seppur previsti in relazione a particolari fattispecie contrattuali, possano risultare applicabili in via analogica al di fuori di siffatti ambiti.

---

<sup>114</sup> Manifesta questi dubbi, F. CAFAGGI, *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, cit., p. 182 ss.



## CAPITOLO SECONDO

### ANALISI DELLE FATTISPECIE CONTRATTUALI CHE TIPICAMENTE VEDONO COME PARTE UN IMPRENDITORE DEBOLE.

**SOMMARIO:** 1. La legge sulla subfornitura: una svolta nell'ambito della tutela del soggetto debole imprenditore. 2. Il contratto di franchising. 3. Le forme di collaborazione tra le imprese e il contratto di rete. 4. Il contratto di agenzia.

#### 1. La legge sulla subfornitura: una svolta nell'ambito della tutela del soggetto debole imprenditore.

La nostra analisi deve partire dalla ricerca degli strumenti di protezione previsti dal legislatore, a fronte di particolari condizioni di debolezza in cui si viene a trovare una delle parti, per verificare quale tutela venga effettivamente prestata all'imprenditore debole dall'ordinamento, evidenziando, eventualmente, i tratti comuni tra le diverse discipline. In primis, non si può non richiamare la legge n. 192/98, in materia di subfornitura nelle attività produttive<sup>1</sup>, "contratto" con il

---

<sup>1</sup> Come sappiamo, in precedenza gli unici interventi diretti a fornire forme di tutela ad imprenditori "deboli" erano l'art 1469 *quinquies*, attuale art. 36 comma 4 del c.cons., in materia di contratti con i consumatori, che stabilisce a favore del venditore un diritto di regresso nei confronti del fornitore nell'ipotesi in cui siano dichiarate inefficaci clausole valutate come abusive, e la disciplina a tutela della concorrenza prevista dalla l. n. 287/90.

La disciplina della subfornitura, pur non rappresentando l'attuazione di disposizioni comunitarie, è stata, comunque, sollecitata dagli organismi comunitari che da tempo auspicavano l'adozione di una disciplina giuridica del fenomeno, anche a costo di sacrificare, in una certa misura, l'autonomia negoziale delle parti per tutelare le piccole e medie aziende subfornitrici. Si v. in particolare, la comunicazione della commissione CE del 17.01.92 e la raccomandazione 95/198/CE del 12.05.95. Prima ancora la Commissione si era occupata della materia nella Comunicazione del 30.08.89 "Sviluppo della subfornitura nella Comunità", seguita da una "Guida pratica sugli aspetti giuridici della subfornitura nelle Comunità", composta da due volumi: *Il contratto di subfornitura*, Lussemburgo, 1990; e *Il quadro giuridico della subfornitura nei dodici Stati membri*, Lussemburgo, 1992. Una regolamentazione si impose anche per il fatto che, nella realtà italiana, i fenomeni di subfornitura erano sicuramente molto diffusi: a partire dagli anni '80, infatti, le grandi imprese iniziavano ad affidare sempre più spesso singole fasi o di interi processi produttivi e distributivi ad altre imprese, utilizzando un sistema organizzativo ispirato al massimo decentramento della produzione, al fine di favorire la

quale una parte si impegna a effettuare, per conto di un'impresa committente, lavorazioni su prodotti semilavorati o su materie prime forniti dalla committente medesima, o si impegna a fornire all'impresa prodotti o servizi destinati ad essere incorporati o comunque utilizzati nell'ambito dell'attività economica del committente o nella produzione di un bene complesso, in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall'impresa committente<sup>2</sup>.

---

flessibilità nel processo produttivo, oltre che la specializzazione e la qualificazione della piccola impresa. In quest'ottica, con sempre maggiore frequenza, si ricorre al contratto di subfornitura al fine di intrecciare relazioni negoziali fra grandi e piccole imprese. Sul punto, R. CASO, *Subfornitura industriale: analisi giuristica delle situazioni di disparità di potere contrattuale*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1998, p. 248.

<sup>2</sup> A seconda della prestazione alla quale si obbliga il subfornitore è possibile distinguere tra subfornitura di prodotti o servizi, oppure di lavorazione. La prima rappresenta la forma più classica di subfornitura, e ha ad oggetto la realizzazione di prodotti realizzati *ad hoc* e destinati ad essere incorporati in un prodotto finale assemblato dall'acquirente. L'ipotesi più comune è quella della fabbricazione di un prodotto complesso che decentra la produzione di una serie di componenti. Si deve trattare di prodotti non standard, ma specifici concepiti e fabbricati appositamente per un determinato cliente. La subfornitura di lavorazione, invece, consiste nello svolgimento di una prestazione di servizi, che può consistere, ad esempio, nella verniciatura. Sul punto si v., F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, p. 51. Tale ipotesi viene per lo più ricondotta alla fattispecie dell'appalto. In tal senso, L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999, p. 16. Alcuni ritengono che ipotesi autonoma sia la subfornitura di servizi. In tal senso, L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 16.

Il comma 2 precisa, però, che sono esclusi dalla definizione di cui al comma 1 i contratti aventi ad oggetto la fornitura di materie prime, di servizi di pubblica utilità e di beni strumentali non riconducibili ad attrezzature. In relazione alle materie prime, la *ratio* della previsione consiste nel fatto che, trattandosi di beni di genere, e non di prodotti fabbricati ad hoc secondo le richieste del committente, non sarebbe possibile in questi casi configurare un'ipotesi di subfornitura. In questo senso, M. PIERGIOVANNI, *Aspetti e problemi della disciplina della subfornitura nella prospettiva comunitaria e comparativa*, in *Contr. e impr. eu.*, 2000, p. 125.

Va, inoltre, immediatamente precisato che nonostante l'utilizzo del prefisso sub, non dobbiamo essere indotti a credere che si tratti di un'ipotesi di subcontratto, trattandosi invece di un'autonoma fattispecie contrattuale. In tal senso, tra gli altri, D. CONSERVA, *La subfornitura*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, p. 375. Come sottolineano, R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina della subfornitura (industriale) scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712 ss., il prefisso sub si limiterebbe a indicare la soggezione del subfornitore a determinate esigenze tecniche, che rendono la produzione "dedicata" ad un determinato processo produttivo. Rimarcano la natura essenzialmente bilaterale dei rapporti di subfornitura, F. L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, in *Contr. e impr. eu.*, 2003, p. 514.

Tale legge avrebbe introdotto una disciplina trasversale<sup>3</sup>, che andrebbe ad aggiungersi, senza sostituirla, alla disciplina “base” prevista per le singole fattispecie contrattuali che in concreto verrebbero a realizzarsi<sup>4</sup>, e che risulterebbe particolarmente di favore verso il subfornitore. Proprio per quest’ultima ragione, si è posta la questione se tale normativa possa trovare applicazione nei confronti del subfornitore

---

<sup>3</sup> Infatti, nonostante l’art. 1 della legge in questione utilizzi l’espressione “contratto di subfornitura”, parrebbe preferibile ritenere che il legislatore, lungi dall’aver così introdotto una nuova fattispecie contrattuale tipica, si sia, in realtà, limitato a prevedere una disciplina trasversale. In tal senso, G. IUDICA, *Commento alla legge n. 192/98*, in *I Contratti*, 1998, p. 411; R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina della subfornitura (industriale) scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 724, i quali rimarcano che il legislatore abbia rinunciato a fornire una disciplina esaustiva in materia di subfornitura, innescando invece un procedimento di tipizzazione a metà, che non sembra ovviare all’attuale incertezza sullo statuto giuridico della subfornitura; R. LECCESE, *Sub. Art. 1*, in *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 32, la quale sottolinea che vi sarebbero varie ragioni che porterebbero a sostenere tale tesi: in primo luogo, la nozione di subfornitura che ci viene data dall’art. 1 sarebbe talmente ampia da comprendere fattispecie che prevedono una causa molto differente; in secondo luogo, l’analisi della l. 192/98 evidenzerebbe la mancanza della volontà di fornire una disciplina organica; in terzo luogo, ci sono molte norme imperative, mentre, di regola, quelle dei contratti tipici hanno natura dispositiva. Di conseguenza, secondo l’A. la soluzione preferibile parrebbe essere quella di ritenere che il legislatore abbia voluto introdurre una disciplina trasversale, rispetto alle discipline già esistenti, finalizzata a tutelare un contraente debole, limitandosi a disciplinare aspetti particolarmente critici. In tal senso anche, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, p. 20; L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 9 ss. In particolare, G. TUCCI e C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 105 ss., sottolineano che non è un tipo, ma una disciplina che mira a tutelare un soggetto, infatti non viene definito il contratto, ma chi è subfornitore.

*Contra*, ritengono che la legge n. 192/98 abbia introdotto una nuova fattispecie contrattuale tipica, tra gli altri, V. FRANCESCHELLI, *Subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in *Subfornitura*, a cura di V. Franceschelli, Milano, 1999, p. 9 ss., il quale, pur rilevando che l’art. 1 fornisce contorni imprecisi che giustificano un dibattito in materia, ritiene che l’intenzione espressa dai presentatori della proposta di legge fosse proprio quella di introdurre un nuovo contratto tipico. Nello stesso senso, A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all’ambito di applicazione e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giustizia civile*, 1999, p. 260, il quale ritiene che la disorganicità delle legge non basterebbe ad escludere tale conclusione. Nello stesso senso, A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 110, dove si legge che deporrebbero in questo senso, in primo luogo l’esordio dell’art. 1 della legge in questione - “il contratto di subfornitura” - e, in secondo luogo, il fatto che la disciplina prevista sia così dettagliata da conferire alla fattispecie una sua autonomia.

Il sostenere l’una oppure l’altra teoria avrebbe, ovviamente, delle conseguenze, dal momento che nel primo caso a ciascun contratto si dovrebbe applicare la disciplina prevista del tipo contrattuale con il quale sembra maggiormente compatibile, a meno che non derogate dalla legge di tutela. Diversamente, sostenendo la teoria della tipicità del contratto di subfornitura, si dovrebbe concludere che per integrare la disciplina prevista dalla legge si dovrà ricorrere all’analogia, con le problematiche che ciò può comportare.

<sup>4</sup> In tal senso, F. L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 516, i quali sottolineano che a seconda della differente fattispecie contrattuale che si verrà a realizzare in concreto, troveranno applicazione le norme “generalì” dettate per il tipo contrattuale di cui ricorreranno gli elementi, alle quali si aggiungeranno le regole “speciali” dettate in tema di subfornitura.

tout court<sup>5</sup>, o solo laddove sia accertata una condizione di debolezza in capo lo stesso<sup>6</sup>: in particolare, secondo parte della dottrina verrebbe richiesto il requisito della dipendenza tecnologica<sup>7</sup>, in virtù del riferimento

---

<sup>5</sup> Si pongono in senso contrario ad un eventuale accertamento di ulteriori requisiti, tra gli altri, F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 42, il quale ritiene che, anche se il legislatore con ogni provabilità è stato spinto ad intervenire a tutela del subfornitore per far venir meno lo squilibrio dovuto a ragioni di dimensione, oppure di tecnologia o di dipendenza economica, non ponendo la legge alcuna distinzione, la stessa dovrebbe essere applicabile a prescindere dalle dimensioni e dal potere contrattuale delle parti. In ogni caso va sottolineato che la disciplina in questione, pur sicuramente essendo una disciplina di protezione, pare applicabile ai subfornitori tout court, siano essi forti o deboli. Nello stesso senso, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 30, secondo il quale il legislatore ha voluto intervenire su di una determinata situazione, quella del decentramento, ritenendo che questo, nella maggior parte dei casi, comporti una posizione di debolezza del subfornitore. F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 26, sottolinea che la disciplina in questione deve trovare applicazione in ogni caso in cui vi siano le condizioni previste dall'art. 1, indipendentemente dalle dimensioni o dalla forza economica delle parti. L'A., in particolare, rivela che, in realtà, molte disposizioni contenute nella legge in questione non fanno altro che specificare le regole della correttezza contrattuale, mentre quelle più stringenti, come quelle che impongono termini di pagamento, non possono essere poi viste come così eccezionali alla luce anche della Direttiva comunitaria 2000/35/CEE. Di conseguenza non pare possano sussistere elementi sufficienti per escludere dall'ambito di applicazione della legge le situazioni in cui le imprese subfornitrici si trovino in una posizione dominante sul mercato. In ogni caso l'A. sottolinea che la legge non può essere considerata ingiusta dal momento che introdurrebbe disposizioni volte a tutelare entrambe le parti: si pensi, in questo senso, all'art. 6.

<sup>6</sup> Risulta importantissimo comprendere l'esatto ambito di applicazione per poter determinare a quali contratti può venire applicata una disciplina imperativa volta a limitare l'autonomia privata, che, rappresentando una normativa di protezione, si giustifica ed è legittima costituzionalmente in relazione all'art 3 Cost. solo se viene garantita la *ratio* alla base della legge. In tal senso, G. DE NOVA, *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 449; G. TUCCI E C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, cit., p. 107; R. LECCESE, *Nozione e contenuto del contratto*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998, p. 21; M. GRANIERI, *Qualche ulteriore considerazione sulla dipendenza progettual-tecnologica del subfornitore (industriale)*, in *Foro it.*, 2000, p. 634 ss. Diversamente, F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002, p. 23 ss., sostiene che sui sospetti di illegittimità costituzionale non pare doversi soffermare troppo essendo sufficienti richiamare il costante orientamento della Corte costituzionale secondo il quale per quanto concerne l'art. 41 Cost., esso riconosce al legislatore un'ampia discrezionalità nel prevedere interventi limitativi della libertà di iniziativa economica privata al fine di perseguire fini sociali. In particolare, nel caso del subfornitore il fatto stesso che lui svolga un'attività dedicata lo rende un soggetto che merita una particolare tutela ai sensi dell'art. 3 Cost. In particolare, secondo l'A. tale legge trova la sua giustificazione nel fatto che si limita ad applicare il principio di correttezza e in secondo luogo tutela anche il mercato.

Tale intervento di protezione viene da alcuni valutato negativamente, si v., in particolare, A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione e alla forma del contratto di subfornitura*, cit., p. 260, p. 258, sostiene che la legge in questione potrebbe volgersi come un boomerang a danno della parte debole, inducendo la parte forte a ricorrere a strumenti più flessibili per regolare la transazione economica. Sempre in senso negativo sulla legge n. 192/98, G. CATALANO, *La legge sulla subfornitura a sette anni dalla entrata in vigore: il legislatore italiano dei contratti è deceduto o sta solo dormendo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 179, p. 177 ss.

<sup>7</sup> In generale si è ragionato sulla necessità di ulteriori presupposti per l'applicazione della legge sulla subfornitura, come requisiti dimensionali, oppure una condizione di

al fatto che la prestazione deve essere svolta “in conformità a progetti esecutivi, conoscenze tecniche e tecnologiche, modelli o prototipi forniti dall’impresa committente”, previsto nell’art. 1<sup>8</sup>. Diversamente, parrebbe preferibile escludere che l’inciso faccia riferimento al requisito della dipendenza tecnologica, limitandosi a richiedere che il subfornitore debba adeguarsi alle direttive stabilite dal committente<sup>9</sup>. La ragione che

---

dipendenza tecnologica o economica del subfornitore. In relazione ai primi va rimarcato che non sembra emergere alcun riferimento al fatto che l’impresa subfornitrice debba essere più piccola della committente, e, inoltre, non sempre l’impresa di dimensione più modesta è l’impresa più debole. In questo senso, si v., M. PIERGIOVANNI, *Aspetti e problemi della disciplina della subfornitura nella prospettiva comunitaria e comparativa*, cit., p. 122 ss.; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 26 ss.; D. CONSERVA, *La subfornitura*, cit., p. 376; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l’abuso di dipendenza economica*, cit., p. 31, secondo il quale il criterio dimensionale potrebbe anche essere pericoloso.

Neppure la dipendenza economica parrebbe poter essere considerata un presupposto per l’applicazione della l. n. 192/98, rappresentando in realtà un *quid pluris* richiesto per l’applicazione dell’art. 9. In tal senso, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 29.

<sup>8</sup> Secondo una prima impostazione, infatti, tale previsione, contenuta nella seconda parte dell’art. 1, potrebbe essere letta nel senso di richiedere in capo al subfornitore una condizione di vera e propria dipendenza tecnologica, che si riferirebbe non solo alla seconda parte della disposizione – e quindi alla subfornitura di lavorazione –, ma anche alla prima parte della stessa – e quindi alla subfornitura di prodotti. In tal senso, M. PIERGIOVANNI, *Aspetti e problemi della disciplina della subfornitura nella prospettiva comunitaria e comparativa*, cit., p. 124 ss.; R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina della subfornitura (industriale) scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 728. A. TULLIO, *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all’ambito di applicazione e alla forma del contratto di subfornitura*, cit., p. 251 ss.; D. CONSERVA, *La subfornitura*, cit., p. 376; A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 111, per la quale, pertanto, esulerebbero dalla nozione di subfornitura alcuni fenomeni esistenti nella prassi, – quali i contratti stipulati con subfornitori altamente specializzati in grado di contrattare con i committenti in posizione paritaria, – perché in questi casi verrebbe meno l’esigenza di tutela dal momento che hanno una capacità tecnologica non riproducibile dal committente.

In questo modo la nozione a cui fa riferimento il legislatore si differenzerebbe da quella elaborata nella prassi, non facendo riferimento alla c.d. subfornitura strutturale – o specializzata che si verifica quando il committente non abbia le capacità tecniche per eseguire direttamente il componente o la lavorazione –, ma solo a quella congiunturale – o “per motivi di capacità”, che si verifica laddove il committente, pur essendo in astratto in grado di eseguire il componente o la lavorazione, necessita per diverse ragioni, ad esempio per abbattere i costi, dell’apporto del subfornitore. In tal senso R. LECESE, *Nozione e contenuto del contratto*, cit., p. 5. In generale sul punto si v., A. PALMIERI, *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l’applicazione degli strumenti di protezione previsti dalla legge sulla subfornitura*, in *Foro it.*, 2000, p. 626 ss. In giurisprudenza, il Trib. di Torino, ordinanza 19.11.99, in *Foro it.*, 2000, c. 624, Trib. Taranto, ord. 28.09.99 e Trib. Taranto, ord. 13.10.99, entrambe in *Foro it.*, 2000, c. 623.

<sup>9</sup> In particolare, sottolinea che la dipendenza tecnologica debba essere distinta dalla soggezione alle direttive, ecc., non escludendo quest’ultima una specifica capacità tecnologica anche in capo al subfornitore, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 13. Nel senso che non sia richiesta la dipendenza tecnologica, tra gli altri, M. PIERGIOVANNI, *Aspetti e problemi della disciplina della subfornitura nella prospettiva comunitaria e comparativa*, cit., p. 124; G. CATALANO, *La legge sulla subfornitura a sette anni dalla entrata in vigore: il legislatore italiano dei contratti è deceduto o sta solo dormendo?*, cit., p. 179; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 27, il quale afferma che alcune disposizioni della legge sulla subfornitura porterebbero a mettere in dubbio che la

determinerebbe la debolezza di questo imprenditore, giustificando così l'applicazione di una normativa di protezione, risiederebbe, nel fatto che, svolgendo delle prestazioni destinate ad integrarsi in un determinato procedimento produttivo, non ha mercato<sup>10</sup> e, quindi, almeno di regola, dispone di un minor potere contrattuale rispetto al committente, indipendentemente dal suo apporto dal punto di vista tecnologico. Non va, però, dimenticato che in alcuni casi il subfornitore, lungi dal ricoprire la posizione di parte debole, potrebbe trovarsi in condizione di forza rispetto al committente; di conseguenza, pur avendo presente le difficoltà che sul piano pratico tale soluzione può comportare, la via preferibile parrebbe

---

dipendenza tecnologica sia un requisito sempre richiesto: si pensi, ad esempio, all'art. 2 comma 5, lett. a, in base al quale nel contratto devono essere indicati i requisiti specifici dell'opera mediante precise indicazioni che consentono di individuare le caratteristiche costruttive e funzionali. L'A. sottolinea che se questo è il contenuto tipico di un contratto di subfornitura, ci si trova sicuramente di fronte ad un rapporto nel quale il trasferimento di tecnologia dal committente al subfornitore è solamente eventuale, essendo essenziali solamente quelle specificazioni che impongono al subfornitore di muoversi entro binari rigidamente predeterminati quanto a funzioni, misure, forme, il che non esclude che il subfornitore possa utilizzare una tecnologia sua. In particolare, F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 60 ss., sostiene che, in realtà, la conformità si riferisca ai prodotti ed ai servizi più che al modo di fornirli, non escludendo invece che possa essere il subfornitore ad effettuare la progettazione esecutiva del prodotto. Secondo l'A. appare poco convincente che il legislatore abbia voluto limitare la tutela solo ai subfornitori privi di capacità progettuale, escludendola invece a quelli che progettino prodotti in conformità alle indicazioni fornite dal committente.

<sup>10</sup> Le ragioni di "debolezza" del subfornitore risiedono, in primo luogo, nella pertinenza della sua prestazione al ciclo produttivo del committente. Il subfornitore, infatti, non opera quale offerente indipendente nei rapporti con i consumatori o gli utilizzatori finali, ma come produttore di beni e servizi o di lavorazioni di fase, intermedi nella fabbricazione di un prodotto più complesso, che verrà in un secondo momento immesso sul mercato dal committente. Ma il dato più rilevante è che nel caso del subfornitore non sussiste neppure un mercato inteso come una potenzialità di utilizzatori intermedi, perché i loro risultati sono specificatamente dedicati ad un singolo produttore finale e, dunque, tendenzialmente infungibili per gli altri. In tal senso A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna, 2003, p. 23; F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 15, individua nella produzione dedicata la ragione della debolezza del subfornitore. Nello stesso senso, A. BORTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 27 ss. In questo senso, si deve evidenziare che la semplice assenza di una condizione di dipendenza tecnologica di per sé non basterebbe ad escludere una condizione di debolezza in capo al subfornitore: si pensi al caso di un subfornitore che disponga di particolari conoscenze tecnologiche necessarie per la realizzazione di uno specifico prodotto. Questa circostanza, se in alcuni casi può addirittura determinare una situazione di forza del subfornitore rispetto al committente, in altri non è di per sé un elemento sufficiente ad escludere che il subfornitore sia dotato di minor potere contrattuale rispetto al committente. Per fare un esempio semplicistico, basta ipotizzare che altri subfornitori dispongano della medesima tecnologia, tale che il nostro subfornitore non possa più essere visto come indispensabile dal committente, rimanendo invece quest'ultimo un soggetto che non ha comunque mercato.

quella di rimettere l'applicazione della l. n. 192/98 alla valutazione svolta in concreto dal giudice della condizione di debolezza del subfornitore<sup>11</sup>.

Passando ora all'analisi della particolare disciplina introdotta dal legislatore del 1998, non si possono non notare, sin da subito, i numerosi oneri di forma previsti: l'art. 2, *in primis*, impone non solo che il contratto debba rivestire la forma scritta a pena di nullità<sup>12</sup>, ma, nel caso di contratti a esecuzione continuata o periodica, anche che gli ordinativi relativi alle singole forniture debbano essere comunicati dal committente al fornitore in una delle forme previste dal comma 1<sup>13</sup>, e ciò al fine di tutelare il subfornitore - contraente debole -, consentendogli di poter esattamente apprezzare i diritti e gli obblighi che gli deriverebbero dal contratto. A conferma di suddetta finalità, vi è la circostanza che, mentre la proposta deve sempre rivestire le forme richieste, pena la nullità del contratto, l'accettazione in taluni casi possa anche non rivestire suddette forme, prevedendo l'art. 2, comma 2, che il contratto si considera concluso per iscritto, laddove, pur non essendo la proposta stata seguita da accettazione

---

<sup>11</sup> Si rimanda alle considerazioni di F. PROSPERI, *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 30, secondo il quale la soluzione più ragionevole, nel caso in cui non si ritenesse sempre applicabile la legge sarebbe quella di rimettere la valutazione al giudice.

<sup>12</sup> L'art. 2 precisa che costituiscono forma scritta le comunicazioni degli atti di consenso alla conclusione o alla modificazione dei contratti effettuate per telefax o altra via telematica. In senso critico sul requisito della forma, A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 88, il quale rimarca che la forma aumenta notevolmente i costi. La dottrina maggioritaria sembra sostenere che si tratti di un'ipotesi di nullità assoluta. In tal senso, M. SCHININÀ, *Legge 18 giugno 1998, n. 192. Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 2000, p. 380, la quale sottolinea che mancando nella disposizione una previsione in senso contrario, non si può che sostenere che si tratti di nullità assoluta. Secondo l'A. la disciplina della subfornitura tutelerebbe già a sufficienza il subfornitore con la previsione in base alla quale anche in caso di nullità per mancanza della forma avrebbe comunque il diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede. Nello stesso senso, B. GRAZZINI, *Contratto di subfornitura: forma e contenuto*, in C. BERTI e B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005, p. 68, richiama varie argomentazioni per negare che si possa trattare di nullità relativa, tra le quali che l'art. 1421 c.c., in quanto norma generale, dovrebbe trovare applicazione salvo che vi sia un'espressa previsione in senso contrario. L'A. sottolinea anche che il rigoroso onere formale non mirerebbe solamente a salvaguardare l'interesse delle piccole e medie imprese, ma anche, più in generale, a realizzare l'interesse generale al corretto funzionamento del mercato. Vista però la finalità di protezione che ispirerebbe l'intera legge, non si vede il perché non riconoscere alla disposizione la natura di nullità relativa.

<sup>13</sup> F. L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 522, dice che leggendo congiuntamente il comma 1 e il comma 5, si dovrebbe concludere che anche le specifiche e la descrizione tecnica del bene da produrre dovrebbero risultare per iscritto. Inoltre, l'A. evidenzia che, mentre, pare che l'accettazione possa essere fatta anche in via telematica o via telefax, invece, ciò non possa valere per la proposta. In senso contrario, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 58 ss., il quale desume questa conclusione dal comma 2 della medesima disposizione.

scritta da parte del subfornitore, quest'ultimo abbia, iniziato le lavorazioni o le forniture, senza aver richiesto la modificazione di alcun elemento della proposta<sup>14</sup>. Questo meccanismo di perfezionamento della fattispecie contrattuale, che richiama alla mente l'ipotesi di conclusione del contratto mediante inizio dell'esecuzione di cui all'art. 1227 c.c.<sup>15</sup>, non può che stupire in relazione ad un contratto per il quale è richiesta la forma scritta *ad substantiam*, consentendo che l'accettazione possa essere manifestata anche per *facta concludentia*. La forma diverrebbe così un onere asimmetrico, previsto a carico di una sola delle parti<sup>16</sup>, e dettato dalla necessità di bilanciamento tra l'esigenza di protezione dell'imprenditore e quella sottesa alla rapida conclusione del contratto. Tali aspetti hanno destato numerose critiche soprattutto alla luce del fatto che la disposizione afferma che al contratto così concluso si applicano le condizioni indicate nella proposta, ferma restando l'applicazione dell'articolo 1341 del codice civile, relativo alle condizioni generali del contratto<sup>17</sup>: di conseguenza, pur essendo il

---

<sup>14</sup> G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 45, descrive l'ipotesi prevista dal comma 2 come una sorta di sanatoria alla nullità che si realizza quando il rapporto abbia comunque avuto esecuzione.

<sup>15</sup> Come sappiamo questa disposizione prevede che il contratto si considera concluso nel tempo e nel luogo in cui ha avuto inizio l'esecuzione, qualora, su richiesta del proponente o per la natura dell'affare o secondo gli usi, la prestazione debba eseguirsi senza una preventiva risposta. Sul punto, F. L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 533; G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., p. 45, afferma che non si tratta di un'ipotesi riconducibile all'art. 1327 c.c., dal momento che in quel caso la conclusione del contratto mediante l'inizio dell'esecuzione viene consentita solo quando vi sia una richiesta in tal senso da parte del preponente, oppure sia consentita dalla natura dell'affare o dagli usi, a meno di non ritenere che il legislatore abbia voluto inserire la subfornitura all'interno degli ambiti in cui la natura dell'affare lo consente.

Appare rilevante comprendere se la previsione possa essere ricondotta nell'ambito dell'art. 1227 c.c., dal momento che in questo caso, pur non essendo previsto espressamente dalla legge sulla subfornitura, il subfornitore sarebbe tenuto ex art. 1227 c.c. alla pronta comunicazione dell'inizio dell'esecuzione al committente, pena l'eventuale risarcimento del danno. In particolare, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit, p. 64, dice che tale obbligo potrebbe venire comunque ricavato dall'art. 1375 c.c. che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nella fase di attuazione del contratto.

<sup>16</sup> Sottolinea tale aspetto, G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., p.47, il quale conclude che il requisito formale finirebbe con essere un onere posto a carico del solo committente. Alcuni, tra i quali, C. BERTI e B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 57, affermano che sarebbe comunque data alla parte la possibilità di imporre all'oblato il rispetto di determinate forme, stante il carattere dispositivo della previsione. Diversamente, G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., p. 52, sottolinea che non pare condivisibile il ritenere la disposizione in questione come dispositiva, trattandosi invece di una disposizione imperativa.

<sup>17</sup> In particolare, G. GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, in *Giur. it.*, 1999, p. 673; F. L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 533, sottolinea che a prescindere dalla difficoltà di ritenere così soddisfatto il requisito della forma, la



contratto valido anche in presenza di un'accettazione tacita, la finzione sulla sussistenza dei requisiti di forma previsti verrebbe meno in presenza di condizioni generali del contratto, e, in particolare, di clausole vessatorie, con la conseguente inefficacia delle stesse. In questo modo, la previsione pare effettivamente poter essere molto sfavorevole per il committente, il quale, pur avendo rispettato tutte le previsioni di forma, potrebbe, comunque, per volontà unilaterale del subfornitore, rimanere vincolato ad un regolamento contrattuale differente da quello che lui aveva predisposto, o comunque di comune accordo era stato predisposto.

Per ovviare al fatto che il requisito della forma potrebbe anche volgere in danno al subfornitore, laddove il committente si rifiutasse di concludere il contratto secondo le forme richieste<sup>18</sup>, l'art. 2, comma 1, ultima parte, con una previsione sicuramente molto favorevole, sancisce che, in caso di nullità per difetto di forma<sup>19</sup>, quest'ultimo abbia comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto, a differenza di quanto avviene secondo la disciplina tradizionale, dove,

---

previsione finirebbe con il vincolare il committente alla sua proposta senza sapere se la stessa è stata accettata o meno. Inoltre, in virtù del richiamo all'art. 1341 c.c. le eventuali clausole vessatorie - che alla luce di tale disposizione richiedono una specifica approvazione per iscritto -, in caso di mancato rispetto dei requisiti di forma previsti, verrebbero cadute e si considererebbero come non apposte. L'A. sottolinea che tale previsione ha un notevole rilievo pratico, dal momento che il committente si verrebbe in questo modo a trovare legato ad un contratto diverso da quello che ha proposto, in quanto privo di alcune clausole, senza le quali, verosimilmente, mai si sarebbe obbligato contrattualmente. In particolare l'A. ritiene che la disposizione presenterebbe profili di illegittimità costituzionale. In senso critico anche A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge n. 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *I contr.*, 1999, p. 191, secondo il quale in questo modo si coarta la volontà del committente; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit. p. 66, il quale sostiene la necessità di abrogare la disposizione.

<sup>18</sup> Alcuni dicono che il requisito formale può essere facilmente eluso attraverso il rifiuto opposto dal committente di stipulare per iscritto il contratto. In tal senso, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 377.

<sup>19</sup> Tale particolare disciplina, però, secondo i più troverebbe applicazione solo in caso di nullità per mancanza della forma richiesta, non potendo invece trovare applicazione in relazione alle altre ipotesi di nullità. In tal senso, F. L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 526. In particolare, V. FRANCESCHELLI, *Subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, cit., p. 24, parla della subfornitura nulla per mancanza di forma come di un rapporto di fatto.

In particolare, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit. p. 60, sottolinea che la buona fede deve essere ricollegata sia alle spese sostenute che alle prestazioni effettuate. La buona fede a cui fa riferimento la disposizione consisterebbe in un'ipotesi di buona fede soggettiva, consistente nella convinzione psicologica di agire in un certo modo in quanto convinto a torto o a ragione di muoversi secondo linee che corrispondono ad una situazione di diritto. Diversamente, F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 74, sembrerebbe ricollegare la buona fede solo alla corresponsione delle spese.

travolgendo la nullità tutti gli effetti prodotti dal contratto con efficacia *ex tunc*, la parte che ha ricevuto un compenso potrebbe essere chiamata alla ripetizione dello stesso tramite l'azione di indebito e l'unico strumento dato alla parte che abbia eseguito la prestazione consiste nell'azione di ingiustificato arricchimento<sup>20</sup>. Tale previsione, nondimeno, non rappresenta un'ipotesi di nullità che opera con efficacia *ex nunc*, producendo i suoi effetti sin da principio, salvo che per quello che concerne al diritto al pagamento del prezzo<sup>21</sup>.

Sempre nell'ottica di garantire una maggiore trasparenza, all'obbligo di forma si accompagna, l'obbligo di un contenuto minimo - richiedendo l'art. 2 comma 5, che debbano necessariamente essere specificati nel contratto i requisiti specifici del bene o del servizio, il prezzo pattuito e i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento<sup>22</sup> -, al fine di reagire alla precedente prassi che vedeva la predisposizione di regolamentazioni caratterizzate da elementi di forte ambiguità, per l'imprecisa o non chiara determinazione dell'entità delle reciproche

---

<sup>20</sup> In tal senso, F. L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 525, sottolinea che in questo modo si impedisce che la parte possa esercitare l'azione di ripetizione dell'indebito ex art. 2033 c.c. e si permette al subfornitore di ricevere il corrispettivo per le prestazioni eseguite senza che questi debba esercitare l'azione di ingiustificato arricchimento di cui all'art. 2041 c.c.

<sup>21</sup> In tal senso, tra gli altri, L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 295, dove, comunque, viene sottolineato che la norma è sbilanciata a favore del subfornitore. Gli A., pur definendo come eccezionale questa previsione in base alla quale un contratto nullo può produrre effetti, evidenziano che vi sarebbero disposizioni analoghe nell'ordinamento: si pensi all'art. 2126 e 2332 c.c. Ci si potrebbe anche interrogare sull'ammissibilità di un'eventuale conversione del contratto nullo. In particolare, F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 76, sostiene che si dovrebbe distinguere a seconda che si tratti di un contratto quadro che organizza successive subforniture, oppure di un contratto avente ad oggetto una specifica subfornitura; concludendo che, nel primo caso, il contratto potrà convertirsi in un contratto atipico di subfornitura. Nel secondo invece, configurandosi comunque come contratti di vendita o di appalto, con la conversione diverranno veri e propri contratti di vendita o appalto senza l'applicazione della legge sulla subfornitura.

<sup>22</sup> Gli elementi che devono essere indicati sono: 1. i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia; 2. il prezzo pattuito; 3. i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento. Tale previsione, secondo L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 38, sarebbe funzionale a far operare il subfornitore in presenza di condizioni chiare e facilmente dimostrabili. In particolare, in relazione alla determinazione del prezzo, tale previsione deve essere coordinata con il comma 4, che espressamente prevede che il prezzo dei beni e dei servizi debba essere determinato o determinabile, in modo chiaro e preciso, tale da non ingenerare incertezze nell'interpretazione delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto. Il tema del prezzo, poi, inevitabilmente si ricollega a quello dell'aumento dei costi nel corso dello svolgimento della prestazione a cui si rimanda nella successiva trattazione.

prestazioni e delle modalità di esecuzione, a tutto vantaggio della parte più forte. La disposizione, però, non indicando chiaramente quali siano le conseguenze della mancata indicazione di suddetti elementi, pone qualche problema interpretativo, dal momento che, la soluzione di leggere il comma 5 congiuntamente al comma 2, determinando la nullità del contratto in caso di mancata indicazione per iscritto nel contratto di suddetti elementi, si porrebbe in contrasto con l'interesse del subfornitore<sup>23</sup>, a meno di non ritenere che la nullità eventualmente prevista sia relativa, potendo la stessa essere fatta valere solo dal titolare dell'interesse che l'intera disciplina mirerebbe a proteggere.

Di notevole interesse risulta, sicuramente, la previsione di cui all'art. 6<sup>24</sup>, che prevede la nullità di determinate clausole, rappresentando così un ulteriore vincolo al contenuto del regolamento contrattuale, che in questo caso opererebbe *a priori*, vietando l'inserimento delle stesse<sup>25</sup>: il riferimento è, in primo luogo, al patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura, restando, tuttavia, validi gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di

---

<sup>23</sup> Sul punto, si v. F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 73, sottolinea che tali elementi debbano anch'essi risultare per iscritto ai sensi dell'art. 2 comma 2, non ponendosi, comunque, tale soluzione in contrasto con le esigenze di tutela dell'imprenditore debole, il quale, in mancanza di queste indicazioni, non si troverebbe comunque in grado di eseguire la prestazione. *Contra*, L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 43, sostengono, in primo luogo, che la forma scritta debba caratterizzare anche gli elementi dell'art. 2 comma 5 solo laddove rivestano natura essenziale. Inoltre, viene sottolineato anche che la mancata indicazione di suddetti elementi potrebbe in ogni caso determinare la nullità del contratto per indeterminatezza o indeterminabilità dell'oggetto ex art. 1346 c.c., solo se riferita ad alcuni di questi elementi, come ad esempio il prezzo, ma non invece in altri casi, come in caso di determinazione dei termini.

<sup>24</sup> M. PIERGIOVANNI, *Aspetti e problemi della disciplina della subfornitura nella prospettiva comunitaria e comparativa*, cit., p. 140. Un'altra disposizione rilevante che prevede la nullità di determinate clausole, questa volta nell'interesse del committente, è l'art. 5 secondo il quale sono nulli i patti di esonero della responsabilità del subfornitore relativo al funzionamento e alla qualità della parte o dell'assemblaggio prodotto o il patto di esonero della responsabilità del subfornitore di servire il servizio, secondo le prescrizioni contrattuali a regola d'arte.

<sup>25</sup> Sul punto si v., tra gli altri, L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 136 ss. In senso critico verso la formulazione della norma, F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 129, il quale sostiene che il legislatore abbia utilizzato un meccanismo contorto, dal momento che avrebbe fatto meglio a prevedere precise regole di comportamento alle parti, sancendo poi la nullità di eventuali accordi contrari. L'A. rimarca che, comunque, sarebbero analogicamente applicabili le norme in materia di somministrazione di cui all'art. 1569 c.c.

esecuzione della fornitura<sup>26</sup>. Il divieto dello *ius variandi*, pienamente conforme al principio generale fissato dall'art. 1372 c.c., si rivela di non facile delimitazione in relazione ai rapporti di subfornitura<sup>27</sup>, incontrando, in ogni caso alcuni limiti dovuti alla necessità di garantire margini di flessibilità al committente<sup>28</sup>. In secondo luogo, viene prevista la nullità del patto che attribuisca ad una delle parti, in caso di contratto ad esecuzione continuata o periodica, la facoltà di recesso senza congruo preavviso<sup>29</sup>, ipotesi, che non può non venire coordinata, oltre che con la disciplina

---

<sup>26</sup> In particolare, P.M. PUTTI, *Artt. 6/7 (Nullità di clausole e proprietà)*, in *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 199, si sofferma sulla previsione secondo la quale il committente potrebbe però modificare unilateralmente alcuni elementi. In particolare l'A. osserva che nel caso in cui il committente decida di mantenere l'intero processo produttivo all'interno della sua organizzazione può provvedere alle necessità contingenti che possono presentarsi in concreto a causa, ad esempio, di modificazioni di mercato. Di conseguenza, tale previsione si rivelerebbe una sorta di conciliazione tra l'esigenza del committente di poter apportare determinate modifiche e quella del subfornitore di non essere costretto a svolgere una prestazione diversa da quella alle quale si era obbligato. Un'altra disposizione che risponde alla medesima necessità è l'art. 1661 c.c. dettata in materia di appalto.

<sup>27</sup> In particolare, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 152, si interroga se il divieto di *ius variandi* riguardi solo gli aspetti normativi del contratto, come porterebbe a pensare il riferimento al termine "clausole" oppure anche agli aspetti tecnici. L'A. sottolinea che se la risposta affermativa introdurrebbe elementi di forte rigidità del contratto tale da risultare confliggente con la finalità del committente di decentrare una fase della produzione, risultando necessaria una certa flessibilità. Di conseguenza l'A. esclude che la disposizione possa riferirsi anche al contenuto tecnico del contratto.

<sup>28</sup> F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 130, dice che si vuole evitare che il committente disponga di una sorta di delega in bianco per procedere a successive modifiche unilaterali. Tale previsione risulta anche in linea con la disciplina delle clausole vessatorie, dal momento che l'art. 33, comma 2, c.cons. che prevede che si presumano vessatorie le clausole che consentano al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato dal contratto stesso.

<sup>29</sup> F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 132, si interroga sull'ammissibilità di una clausola di questo tipo prevista in relazione ad entrambe le parti, rilevando che, anche se il dato letterale ci porterebbe a propendere per l'ammissibilità della stessa, il fatto che sia bilaterale non può comunque portare ad accettare una simile clausola, dal momento che la parte più debole ne uscirebbe comunque svantaggiata. L'A., a p. 132, afferma che nel caso in cui venisse prevista una clausola di questo tipo, la stessa sarebbe nulla ex art. 6 e, applicando il principio generale per il quale il recesso *ad nutum* deve comportare un certo preavviso, il subfornitore potrebbe rivolgersi al giudice affinché quest'ultimo aumenti il termine previsto se non ritenuto congruo. Diversamente si interroga sulle conseguenze di un recesso senza preavviso, chiedendosi, in particolare, se in questo caso il recesso abbia efficacia immediata, salvo il diritto al risarcimento del danno, oppure se l'efficacia del recesso sia differita allo scadere del termine del preavviso, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 159 ss., secondo il quale l'unico strumento di tutela in questo caso sarebbe il risarcimento del danno, salva la possibilità di ricondurre tale comportamento nell'ambito dell'art. 9 della legge sulla subfornitura, non essendo diversamente possibile attribuire "efficacia reale" al preavviso. In particolare, F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 133, afferma che non dal momento che il termine recesso, tecnicamente non può andare a ricomprendere anche le ipotesi di rinnovo del contratto, si dovrebbe escludere l'applicazione della disposizione a queste ipotesi.

generale dettata in materia di recesso dall'art. 1373 c.c.<sup>30</sup>, anche con la disposizione relativa all'abuso di dipendenza economica, sulla quale avremo modo di soffermarci inseguito. Infine, la disposizione prevede che è nullo il patto con cui il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale, previsione questa, tra l'altro, chiarisce che la dipendenza tecnologica non può essere intesa come requisito essenziale per l'applicazione della legge in questione<sup>31</sup>. L'art. 6 risulta sicuramente di interesse per il fatto che tali clausole sono sempre considerate nulle, non essendo rimessa alcuna valutazione in capo al giudice, e indipendentemente dal fatto che siano state oggetto di trattativa, diversamente da quanto avviene, ad esempio, in relazione alle clausole vessatorie di cui all'art. 33 c.cons. Anche se il legislatore non lo indica espressamente, il riferimento alla nullità del patto e non del contratto, pare suggerire che si tratti di ipotesi di nullità parziale, che non si estende all'intero contratto<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> In particolare come sottolinea, P.M. PUTTI, *Artt. 6/7 (Nullità di clausole e proprietà)*, cit., p. 202, la presenza di una giusta causa di recesso potrebbe trovare applicazione la disciplina generale prevista dal codice civile.

<sup>31</sup> In tal senso, F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 134; L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 144 ss., ipotizzano delle clausole che possono in questo modo venire in rilievo, quali quelle con le quali il subfornitore ceda gratuitamente o per un corrispettivo irrisorio brevetti o modelli sviluppati e depositati dal subfornitore; oppure ceda licenze esclusive o meno a titolo gratuito o per corrispettivi irrisori a favore del committente, in relazione a detti brevetti o modelli, o altri diritti di proprietà intellettuale o know how. Questa previsione ci offre lo spunto per ricollegarci ad un'altra disposizione, questa volta a tutela del committente, ovvero l'art. 7, relativo alla proprietà del progetto che prevede che il committente conserva la proprietà industriale in ordine ai progetti e alle prescrizioni di carattere tecnico da lui comunicati al fornitore e sopporta i rischi ad essi relativi. Dal canto suo, il fornitore è tenuto alla riservatezza e risponde della corretta esecuzione di quanto richiesto, sopportando i relativi rischi. Tale norma si pone nel senso di tutelare i diritti di privativa industriale di cui è titolare il committente, ma diversamente non presterebbe tutela al know how, conoscenza segreta non protetta, che una parte pone a disposizione dell'altra, che però potrebbero essere tutelate alla luce della seconda parte della norma dove viene previsto che il subfornitore è comunque tenuto alla riservatezza. In tal senso, A. BORTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 77. Sul punto si v., L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 104, secondo i quali nell'ambito di tale disposizione rientrerebbero il know how fornito dal committente al subfornitore per eseguire le prestazioni contrattuali; le opere dell'ingegno in relazione alle quali è possibile applicare la legge sul diritto di autore; i brevetti per le invenzioni e i modelli. Come sappiamo il know how riceve una particolare tutela nelle disposizioni in materia di concorrenza sleale, le quali si occupa però della situazione in cui tra le parti non sussistano rapporti contrattuali.

<sup>32</sup> Diversamente, se trovassero applicazioni le regole generali di cui all'art. 1419 c.c. facilmente si arriverebbe a dichiarare la nullità dell'intero contratto. In particolare, P.M. PUTTI, *Artt. 6/7 (Nullità di clausole e proprietà)*, cit., p. 187, sottolinea che se la nullità potesse essere fatta valere da entrambe le parti, e si estendesse all'intero contratto, quello dei due che volesse liberarsi del contratto potrebbe farlo agevolmente, mentre la parte debole eviterebbe di rivolgersi al giudice per il timore di

Sicuramente, tra gli strumenti di tutela più incisivi deve essere richiamata la disciplina dei termini di adempimento di cui all'art. 3, che avrebbe anticipato, proponendo a grandi linee le medesime soluzioni, l'intervento comunitario avvenuto con la Direttiva 35/2000<sup>33</sup>, al fine di evitare la prassi dei ritardi nei pagamenti<sup>34</sup>. La norma richiede che nel contratto devono essere fissati i termini di pagamento della subfornitura, i quali non possono eccedere sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione<sup>35</sup>.

---

perdere un contratto su cui faceva affidamento. In particolare poi, a p. 201, sottolinea che dall'analisi delle stesse ipotesi di clausole previste emergerebbe chiaramente che se dalla previsione delle stesse conseguisse la nullità dell'intero contratto, si finirebbe con il porre nel nulla l'operatività della norma. Nondimeno, la nullità di alcune clausole potrebbe determinare forti incertezze sull'oggetto del contratto e quindi determinare in ogni caso la nullità dello stesso. A. BERTOLOTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 153, dice che tale nullità non può propriamente essere vista come un'ipotesi di nullità a tutela del contraente debole, non distinguendo tra le parti, trattandosi piuttosto di uno strumento volto a mantenere sostanzialmente inalterato l'equilibrio del contratto.

<sup>33</sup> Di conseguenza per un'approfondita analisi delle conseguenze del ritardo non ci resta che rimandare al proseguo e in particolare alla parte dedicata all'analisi del d.lgs. n. 231/02.

<sup>34</sup> Non si deve scordare che la legge sulla subfornitura trova in certi termini impulso a livello comunitario proprio dalla Raccomandazione della Commissione CEE del 12 maggio 1995, riguardante i termini di pagamento nelle transazioni commerciali corrispondente a livello comunitario. In tal senso, L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 46. Sul punto, F. ASTONE, *Le obbligazioni del committente e la disciplina dei pagamenti*, in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 90 ss.; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, p. 61 ss.

<sup>35</sup> La disposizione prevede poi che possano essere previsti termini più lunghi, comunque non eccedenti i novanta giorni, in accordi nazionali per settori e comparti specifici, sottoscritti presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato da tutti i soggetti competenti per settore presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro in rappresentanza dei subfornitori e dei committenti. Può altresì essere fissato un diverso termine, in ogni caso non eccedente i novanta giorni, in accordi riferiti al territorio di competenza della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura presso la quale detti accordi sono sottoscritti dalle rappresentanze locali dei medesimi soggetti di cui al secondo periodo. Gli accordi di cui al presente comma devono contenere anche apposite clausole per garantire e migliorare i processi di innovazione tecnologica, di formazione professionale e di integrazione produttiva.

In particolare, F. ASTONE, *Le obbligazioni del committente e la disciplina dei pagamenti*, cit., p. 107, si sofferma sulle varie interpretazioni che possono essere attribuite alla parte di previsione che si riferisce al momento dal quale il termine inizia a decorrere. L'A. sottolinea che sarebbe possibile sostenere due diverse interpretazioni: la prima secondo la quale, in caso di subfornitura di prodotti, le parti possano scegliere se far decorrere i termini dall'uno o dall'altro momento, mentre, in caso di subfornitura di servizi, non potendosi parlare di consegna in senso proprio, la decorrenza dovrebbe rimanere fissata al momento della comunicazione dell'avvenuta esecuzione. La seconda, in base alla quale non vi sarebbe possibilità di scelta neppure in caso di subfornitura di prodotti, decorrendo il termine, in questo caso, dal momento della consegna e nel caso di subfornitura di servizi, dal momento della comunicazione dell'esecuzione della prestazione. Nello stesso senso, A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 157. Il riferimento alla consegna viene da G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 62, inteso con riferimento al momento dell'avvenuto collaudo, o meglio positiva verifica dell'opera o del servizio. In particolare A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 156, sottolinea la necessità dovuta alla coerenza sistematica di coordinare questa

Così come si avrà modo di rimarcare in relazione al decreto di attuazione della Direttiva comunitaria, l'art. 3 si presenta di sicuro interesse, presentando notevoli tratti di innovazione rispetto alla disciplina generale dettata in materia di obbligazioni pecuniarie e sul loro inadempimento, sulle quali però per ragioni di opportunità si rimanda l'analisi in sedi successive<sup>36</sup>. Va rimarcato però, che, diversamente dal d.lgs. n. 231/2002, che lascia ampi spazi all'autonomia privata, consentendo alle parti nei limiti di quanto previsto dall'art. 7 di convenire termini differenti, l'art. 3 è una disposizione imperativa, comportando, quindi, la pattuizione di un termine differente la nullità della clausola<sup>37</sup> e la sostituzione del termine previsto con quello legale<sup>38</sup>.

Nel caso, invece, in cui non venga convenuto alcun termine, non pronunciandosi sul punto il legislatore<sup>39</sup>, coordinando la previsione con la disciplina dettata dal d.lgs. n. 231/02, pare doversi ritenere che debbano trovare applicazione i termini legali di cui all'art. 3<sup>40</sup>. Il legislatore, invece,

---

disposizione con la disciplina di cui al d.lgs. n. 231/02, dovendosi così ritenere che con il termine "comunicazione" si debba intendere il momento di ricevimento della medesima in tutti i casi in cui sussista una discrasia temporale tra le due fasi.

<sup>36</sup> Sul punto si v., G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 67 ss; V. GIORGI, *Art. 3 (Termini di pagamento)*, in *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 108 ss.

<sup>37</sup> In tal senso, F. ASTONE, *Le obbligazioni del committente e la disciplina dei pagamenti*, cit., p. 107.

<sup>38</sup> In tal senso, A. BERTOLOTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 101. Nello stesso senso, A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 178, il quale sostiene che tale soluzione sia quella maggiormente rispondente al principio di conservazione.

<sup>39</sup> Problematica questa che si ricollega a quella in base al quale il termine è uno degli elementi che deve necessariamente essere convenuto ex art. 2 comma 5.

<sup>40</sup> Sul punto F. ASTONE, *Le obbligazioni del committente e la disciplina dei pagamenti*, cit., p. 106, sottolinea che la soluzione preferibile parrebbe quella di applicare la disciplina generale dettata in materia di obbligazioni di cui all'art. 1183 c.c., secondo la quale, in mancanza di una diversa previsione, la prestazione sarebbe immediatamente esigibile, in quanto maggiormente favorevole al subfornitore rispetto all'ulteriore possibile soluzione di richiamare la disciplina legale prevista in tema di subfornitura dall'art. 3, che prevede appunto un termine massimo di 60 giorni. Diversamente, F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 96; A. BERTOLOTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 100, sostengono che nel caso in cui non venga previsto alcun termine, non pare condivisibile ritenere che il contratto sia nullo, ma che si applichino i termini indicati dall'art. 3 comma 2, e non invece la disciplina di cui all'art. 1183 c.c. per il fatto che appartiene alla normalità dei rapporti tra imprese che esistano dilazioni nei termini. In relazione a questa tematica, non si possono non tenere in considerazione gli eventuali problemi di coordinamento che si verrebbero a creare con la disciplina del d.lgs. n. 231/02. L'intera disciplina sui termini, e le conseguenze derivanti dal suo mancato rispetto non possono non venire coordinate con la disciplina del d.lgs. n. 231/02 che tra l'altro ha provveduto ad effettuare delle modifiche sullo stesso art. 3. Diversamente dall'art. 3, il decreto in questione si applicherebbe non solo ai rapporti di subfornitura, ma a tutte le fattispecie definibili come transazioni commerciali, con il limite, però, dal punto di vista soggettivo, di trovare applicazione solo in caso di contratti tra imprese o

si preoccupa di indicare espressamente conseguenze particolarmente gravi in caso di inosservanza dei termini, prevedendo l'art. 3, comma 2, che il committente sia tenuto a corrispondere al subfornitore, senza bisogno di costituzione in mora<sup>41</sup>, un interesse determinato in misura pari al saggio d'interesse del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore. Il saggio di riferimento in vigore il primo giorno lavorativo della Banca centrale europea del semestre in questione si applica per i successivi sei mesi<sup>42</sup>. In questo modo vengono introdotte conseguenze sicuramente molto gravose per il committente, e, di conseguenza, molto favorevoli per il subfornitore, soprattutto tenuto conto del fatto che, diversamente dalla disciplina dettata dal d.lgs. n. 231/02, che, come vedremo, risulta entro certi limiti derogabile, si tratta di una disciplina imperativa e quindi non derogabile. Laddove, poi, il ritardo nel pagamento dovesse eccedere i trenta giorni dal termine convenuto, vengono previste conseguenze ulteriori, incorrendo il committente, in una penale pari al 5 per cento dell'importo in relazione al quale non ha rispettato i termini<sup>43</sup>.

Infine, per completare l'analisi della legge in questione, lasciando invece al proseguo l'approfondimento relativo alla disposizione sulla

---

tra imprese e P.A. Sui rapporti tra queste discipline si rimanda la trattazione in un'altra sede.

<sup>41</sup> La tecnica di intervento sarebbe la medesima utilizzata nell'ambito della disciplina di cui al d.lgs n. 231/2001. Anche in questo caso, come vedremo per il decreto, viene prevista un'ipotesi di mora ex re, che comunque non sembra particolarmente innovativa. A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 181.

<sup>42</sup> Tale previsione è stata modificata dall'art. 10 del d.lgs. n. 231/2002, la precedente formulazione recitava: "interessi corrispondenti al tasso ufficiale di sconto maggiorato di cinque punti percentuali, salva la pattuizione tra le parti di interessi moratori in misura superiore e salva la prova del danno ulteriore".

<sup>43</sup> Questa disposizione risulta innovativa rispetto alla disciplina di cui al d.lgs. n. 231/02, prevedendo in alcuni casi conseguenze più gravi in presenza di un ritardo particolarmente protratto nel tempo. In relazione all'utilizzo del termine "penale", F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 105, sottolinea che tale riferimento non pare poter essere inteso in senso tecnico, non trattandosi di un obbligo imposto contrattualmente, ma di una previsione di legge. Secondo alcuni, G. GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 885, il riferimento alla penale dovrebbe escludere la possibilità di chiedere il risarcimento del danno. Ma tale posizione pare essere criticabile dal momento che lo stesso art. 3 comma 3 farebbe riferimento alla possibilità di chiedere il risarcimento del maggior danno subito. In tal senso F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit, p. 105, in nota.



dipendenza economica, un'altra norma di interesse è quella relativa alle varianti in corso d'opera, secondo la quale il subfornitore ha diritto ad un adeguamento del prezzo, anche se non esplicitamente previsto dal contratto, nel caso in cui, su richiesta del committente, vengano apportate significative modifiche e varianti che importino aumenti dei costi<sup>44</sup>. Il tema della variazione dei prezzi, chiaramente, si ricollega alla facoltà attribuita al committente di apportare delle modifiche, esigenza che, nell'ambito della subfornitura frequentemente si presenta, al fine di adeguare la produzione alla domanda proveniente dal mercato<sup>45</sup> e che, come sappiamo, in caso di contratto di appalto trova la sua disciplina nell'art. 1661 c.c., che consente al committente di apportare variazioni purché il loro valore non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto e, ai sensi del comma 2, purché non importino notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi delle singole categorie di lavori previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima<sup>46</sup>. Disposizione questa che, consentendo in buona sostanza al committente di poter effettuare variazioni, seppur entro determinati limiti, anche senza il consenso dell'appaltatore, non parrebbe potersi applicare in caso di subfornitura, dove la possibilità di effettuare variazioni sembrerebbe comunque condizionata al consenso del subfornitore, dal momento che l'art. 6 prevede la nullità delle clausole con le quali una parte si riserva di poter modificare unilateralmente alcune

---

<sup>44</sup> Si interroga sulla rilevanza da attribuire al termine "significative", A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 92, il quale sostiene che la norma debba essere integrata con l'art. 1661 c.c., che si rivelerebbe più favorevole per l'appaltatore dal momento che questa disposizione prevederebbe un generale diritto in capo a quest'ultimo soggetto al compenso per i maggiore lavori eseguiti, senza alcuna specificazione relativamente al valore delle varianti. Sul punto si v. anche F. MACARIO, *L'adeguamento del prezzo*, in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 155 ss., il quale scorge un parallelismo tra la norma in questione e l'art. 1467 c.c. soprattutto per la contestuale presenza in entrambi i casi di elementi di valutazione per così dire quantitativi e qualitativi.

<sup>45</sup> Si v. sul punto, L. PRATI e A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 57, sottolineano che la norma richiama l'art. 1661 c.c. in tema di appalto. Inoltre gli A. si interrogano se la norma attribuisca implicitamente al committente il potere di porre in essere unilateralmente dette modificazioni, indipendentemente da un'espressa clausola che gli attribuisca tale potere. Però l'A. dice che tale potere non deve diventare arbitrio e quindi resta comunque applicabile l'art. 1661 c.c. nel senso di limitare lo ius variandi a quelle modifiche che non eccedano il sesto del prezzo convenuto. Sul punto si v. anche G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 74 ss.; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 91 ss.; F. MACARIO, *L'adeguamento del prezzo*, cit., p. 151 ss.; V. GIORGI, *Art. 3 (Termini di pagamento)*, cit., p. 125 ss.

<sup>46</sup> Entrambe le disposizioni sono finalizzate ad evitare che una determinazione iniziale del contenuto del contratto ne irrigidisca la funzionalità dal momento che nel corso dell'esecuzione possono modificarsi le esigenze delle parti. In tal senso F. MACARIO, *L'adeguamento del prezzo*, cit., p. 152.

clausole del contratto, ad eccezione degli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura. Inoltre, si deve rilevare che la problematica della variazione dei costi viene affrontata solo in un'ottica marginale, dal momento che la norma non prende ad esame le situazioni in cui l'aumento dei costi sia una conseguenza di circostanze differenti dalla variazione dell'opera, come l'aumento dei costi delle materie prime o del lavoro<sup>47</sup>. In tali casi però si può riconoscere in capo al subfornitore la possibilità di applicare altri strumenti, ed in particolare, le disposizioni di cui all'art. 1664 c.c. dettato in materia di appalto, non solo laddove la disciplina trasversale subfornitura si applichi a fattispecie riconducibili al contratto tipico appalto, ma anche alle altre ipotesi in via analogica<sup>48</sup>, risultando così possibile per quest'ultimo chiedere una revisione del prezzo quando per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti nei costi dei materiali o della manodopera tali da incidere per più di un decimo in aumento sul prezzo.

---

<sup>47</sup> In particolare, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 93, dice che la tutela offerta sarebbe inferiore a quella prevista dalla norma del codice civile, dal momento che si limita ad affrontare solo un aspetto limitato del problema, trascurando invece le ipotesi nelle quali i costi varino per ragioni indipendenti dalle variazioni dell'opera commessa. L'A., infatti sottolinea che i costi possono aumentare a causa di una serie svariata di fattori: l'ipotesi più frequente risulta essere quella della variazione dei costi delle materie prime.

<sup>48</sup> In tal senso, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 91.

## 2. Il contratto di franchising<sup>49</sup>.

Un'altra disciplina di protezione che deve essere richiamata è quella relativa al franchising<sup>50</sup>, o affiliazione commerciale, come denominato dalla

---

<sup>49</sup> Per una visione del franchising nella dimensione europea, O. BUENO DÍAZ, *Franchising in European contract law*, Monaco, 2008, *passim*. Anche l'ordinamento spagnolo prevede una disciplina relativa al franchising nell'ambito di una legge più generale che si riferisce al commercio al minuto, Ley 7/1996, del 15 gennaio, de Ordenación del comercio minorista, al Capo IV, dove l'art. 62 prevede che Artículo 62. *Regulación del régimen de franquicia*. 1. La actividad comercial en régimen de franquicia es la que se lleva a efecto en virtud de un acuerdo o contrato por el que una empresa, denominada franquiciadora, cede a otra, denominada franquiciada, el derecho a la explotación de un sistema propio de comercialización de productos o servicios. 2. Las personas físicas o jurídicas que pretendan desarrollar en España la actividad de franquiciadores a que se refiere el apartado anterior, deberán inscribirse, en su caso, en el Registro que pueden establecer las Administraciones competentes. Quest'ultima previsione risulta interessante dal momento che prevede che le persone fisiche o giuridiche che vogliono svolgere in Spagna l'attività di franchisor debbano iscriversi in un apposito registro messo a disposizione dall'Amministrazione competente, che è stato creato dal decreto real 2845/1998. Tale registro, alla luce delle informazioni che prevede vengano richieste realizza sicuramente un'ulteriore funzione di informazione. Anche in Francia il franchising è stato oggetto di regolamentazione attraverso la legge la *Loi* n. 89-1008 del 31 dicembre 1989, c.d. '*Loi Doubin*' la quale disciplina i rapporti contrattuali fra "toute personne qui met à la disposition d'une autre personne un nom commercial, une marque ou une enseigne, en exigeant d'elle un engagement d'exclusivité ou de quasi-exclusivité".

<sup>50</sup> Il franchising è sicuramente una fattispecie molto diffusa in Italia: si pensi ai differenti franchising di distribuzione, come Benetton, Calzedonia, oppure ai franchising di servizi, come differenti catene alberghiere o di ristoranti. Per ulteriori esempi si rimanda a F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2004, p. 4 ss. La stessa per molto tempo è stata priva di un'apposita disciplina, risultando, così, un contratto atipico, che veniva disciplinato facendo ricorso allo strumento dell'analogia. Anche se, come sottolinea A. DASSI, *Il contratto di franchising*, Padova, 2006, p. 11, la sua diffusione nella prassi, la copiosa dottrina e la regolamentazione a livello europeo lo rendevano il più tipico dei contratti atipici. Il franchising è nato negli USA, dove, come sottolineato da G. COLANGELO, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, in *Il Corr. giur.*, 2004, p. 851, rappresenta uno schema contrattuale estremamente elastico, tanto che nella realtà nordamericana s'iscrive sotto il suo *nomen* l'intera gamma delle strutture negoziali concepibili nell'area del decentramento produttivo e dell'intermediazione commerciale. Successivamente si è molto diffuso in tutta Europa, pur rimanendo sprovvisto di una regolamentazione: la prima definizione del franchising che rinveniamo nell'ambito europeo è quella contenuta nel regolamento 408/88 il quale, lungi dal voler provvedere a fornire una disciplina specifica in materia si limitava a sancire quali obblighi all'interno del contratto in questione potessero essere considerati lesivi della concorrenza. D. FRISANI, *Il franchising*, in *I contratti di distribuzione*, a cura di G. Cassano, Milano, 2006, p. 561, sottolinea che la necessità di provvedere con un regolamento in materia si manifestò con il caso Pronuptia (Pronuptia de Paris GmbH contro la sig.ra Schillgalis) trattato dalla Corte di Giustizia CEE nel 1986. Sul punto si v. A. BONFANTE, *L'evoluzione normativa*, in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, cit., p. 24. Sicuramente interessante risulta essere anche la Model Franchise Disclosure Law adottata a Roma nel settembre 2002, disciplina questa che non risulta essere vincolante, ma un modello a cui i legislatori si possono ispirare e che ha incentrato l'attenzione proprio sull'aspetto maggiormente critico che caratterizzerebbe questa fattispecie, ovvero i problemi legati alla disclosure. Tale disciplina viene richiamata da F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 13. Successivamente in materia è intervenuto il regolamento il Regolamento n. 2790/99.

l. 129/04<sup>51</sup>, che ha tipizzato tale fattispecie, contratto, fra due soggetti giuridici, economicamente e giuridicamente indipendenti<sup>52</sup>, in base al quale una parte concede la disponibilità all'altra, verso corrispettivo, di un insieme di diritti di proprietà industriale o intellettuale relativi a marchi, denominazioni commerciali, insegne, modelli di utilità, disegni, diritti di autore, *know-how*<sup>53</sup>, brevetti, assistenza o consulenza tecnica e

---

<sup>51</sup> F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 1, afferma che la legge in questione è venuta alla luce a seguito di un iter abbastanza travagliato e mostra i segni di una serie di compromessi. Per una panoramica precedente alla legge n. 129, G. FAUCEGLIA, *Il franchising: profili sistematici e contrattuali*, Milano, 1988, *passim*; M. BESSONE, *Il contratto di franchising*, Milano, 1999, *passim*; AA.VV., *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, a cura di O. Cagnasso, Torino, 2005, *passim*.

<sup>52</sup> Secondo A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004, p. 49, l'indipendenza dal punto di vista economico indica che il franchisee si assume il rischio dell'insuccesso commerciale del suo negozio. Tale riferimento chiarisce, non solo che il franchisee e il franchisor debbono essere due soggetti distinti, ma anche che non devono essere legati da vincoli di subordinazione e che non possono essere società dello stesso gruppo, dal momento che in quest'ultimo caso pur essendoci autonomia giuridica non vi sarebbe autonomia economica. In tal senso, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 17. In particolare, A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 48, sottolinea che tale requisito difetterebbe anche in caso di una joint venture tra affiliante e affiliato. Infine, A. BERTOLOTTI, *La nozione*, in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, a cura di O. Cagnasso, Torino, 2005, p. 69 ss., si sofferma in particolare sulla relazione tra franchising e controllo. Il fatto che le parti debbano essere giuridicamente ed economicamente indipendenti potrebbe mettere in discussione la possibilità di poter applicare anche al franchising la disposizione relativa alla dipendenza economica di cui all'art. 9 della l. n. 192/98: in realtà parrebbe preferibile ritenere che, anche in caso di franchising, sia possibile applicare questa disposizione, non escludendo il riferimento di cui all'art. 1 la sussistenza di una dipendenza economica intesa ai sensi dell'art. 9 l. n. 192/98. In tal senso, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 18.

<sup>53</sup> L'art. 1, comma 3, provvede a fornire una definizione di *know-how*, definendolo come un patrimonio di conoscenze pratiche non brevettate derivanti da esperienze e da prove eseguite dall'affiliante, patrimonio che è segreto, sostanziale ed individuato. Emerge quindi che il know how debba avere alcune caratteristiche, dovendo essere segreto, sostanziale e individuato: la segretezza indica che il *know-how*, considerato come complesso di nozioni o nella precisa configurazione e composizione dei suoi elementi, non è generalmente noto né facilmente accessibile. In tal senso, Cass. 20.1.92, n. 659, in *Giur. Ita*, 1992, p. 1021. Si v. sul punto, A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 112. La sostanzialità indica che il *know-how* deve comprendere conoscenze indispensabili all'affiliato per l'uso, per la vendita, la rivendita, la gestione o l'organizzazione dei beni o servizi contrattuali. Infine, per individuato si intende che il *know-how* deve essere descritto in modo sufficientemente esauriente, tale da consentire di verificare se risponde ai criteri di segretezza e di sostanzialità. Alcuni, tra i quali D. FRISANI, *Il franchising*, cit., p. 585, affermano che il legislatore avrebbe preso come riferimento anche il c.d. know how commerciale, inteso come l'insieme di informazioni che attraverso l'attività di marketing e di assistenza tecnica un'impresa detiene in relazione a determinati prodotti, e non solo quello tecnologico, che consiste nello sviluppo e realizzazione dei prodotti, macchine e sistemi, e il know how finanziario, inteso come conoscenze relative all'attività gestionale e commerciale, e il know how strategico, che sono le conoscenze che caratterizzano il comportamento concorrenziale. In particolare, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 35, sottolinea che la definizione di know how fornita rispecchierebbe quella prevista nel regolamento CE di esenzione per categoria n. 2790/1999, il quale, a sua volta, ripropone la definizione contenuta nel precedente regolamento n. 4087/88, laddove la necessità dei requisiti della segretezza e della sostanzialità si giustifica nella preoccupazione da parte

commerciale<sup>54</sup>, inserendo l'affiliato in un sistema costituito da una pluralità di affiliati distribuiti sul territorio<sup>55</sup>, allo scopo di commercializzare

---

dell'autorità antitrust di evitare che il regime di maggior favore si applichi al di fuori delle ipotesi più caratteristiche di franchising. In particolare A. BERTOLOTTI, *La nozione*, in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, cit., p. 76, sottolinea che la necessità di questi requisiti ulteriori restringe di molto l'ambito di applicazione della legge.

<sup>54</sup> Un aspetto interessante è sicuramente quello della tutela dei segni distintivi e del know how nell'ambito del franchising, questione che deve necessariamente essere posta in relazione con la disciplina prevista dal d.lgs. n. 30/05, c.d. Codice della Proprietà industriale. Come sappiamo, nell'ambito del franchising, marchio e insegna hanno un'importanza fondamentale, essendo gli elementi che consentono al consumatore di individuare il punto vendita, come sottolinea, in relazione alla situazione precedente alla legge del 2004, M. BESSONE, *Il contratto di franchising*, cit., p. 116, il quale osserva come il rapporto contrattuale possa anche avere per effetto quello di screditare i segni distintivi. In tal senso, la prima tecnica di tutela si attua a monte attraverso la ricerca e la selezione degli aspiranti affiliati, e, in secondo luogo, attraverso autonome disposizioni contrattuali, come quelle che consentono all'affiliato un controllo sulle fasi di attività del franchisee. I maggiori problemi concernono però il know how, soprattutto in relazione al momento della cessazione del rapporto. Come sappiamo, in passato, la giurisprudenza negava una tutela assoluta al know how, ritenendo che potesse essere tutelato solo inter partes attraverso specifiche clausole. In tal senso, Cass., 27.2.85, in *Foro It.*, 1985, c. 2661. Strumenti rilevanti per tutelare il know how devono successivamente essere individuati nel d.lgs. n. 30/2005, c.d. codice della proprietà industriale, che agli artt. 98 ss. prevede forme di protezione delle informazioni aziendali e le esperienze soggette al legittimo controllo del detentore, in presenza di determinate condizioni (segretezza di dette informazioni e valore economico delle stesse), vietando che le stesse possano essere rivelate a terzi oppure utilizzate. Il problema in questo caso sembrerebbe essere, però, rappresentato dal fatto che non parrebbero sussistere nel caso concreto i presupposti per poter ricorrere all'art. 98 c.p.i., non essendo tutte le informazioni acquisite nel corso del rapporto qualificabili come "riservate". In particolare sul punto, B. VERONESE, *Franchising e tutela delle informazioni aziendali riservate*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2750, pur escludendo che esso costituisca un effetto naturale del contratto, ritiene che con una clausola espressa le parti, nell'esercizio della libertà negoziale, possano definire con precisione e chiarezza la portata obiettiva del *quid inventum* oggetto del segreto, e vincolarsi al suo rispetto. D'altra parte, come sottolinea la stessa A., l'art. 5, comma 2, della legge n. 129/2004 disciplina gli obblighi di riservatezza gravanti sull'affiliato, estendendo l'impegno dal punto di vista oggettivo a tutto il contenuto dell'attività di affiliazione, comprendendovi anche elementi che non costituiscono il *know how* definito all'art. 1, ma che pur tuttavia fanno parte della sfera dell'imprenditorialità dell'affiliante l'art. 5 impone in capo al franchisee un obbligo di riservatezza, prevedendo il comma 2 che l'affiliato si impegna ad osservare e a far osservare ai propri collaboratori e dipendenti, anche dopo lo scioglimento del contratto, la massima riservatezza in ordine al contenuto dell'attività oggetto dell'affiliazione commerciale.

<sup>55</sup> Si sottolinea che tale contratto per arrivare al suo scopo presuppone l'inserimento del franchisee nell'ambito di una rete – un sistema costituito da una pluralità di affiliati. Si pone così il problema di comprendere se, in mancanza di una pluralità di affiliati, si possa parlare di franchising. Sul punto, G. DE NOVA, *Nuovi contratti*, Torino, 1990, p. 146, afferma che "il contratto di *franchising* non può essere compreso se si considera isolatamente un singolo contratto. Il contratto di franchising è lo strumento per creare una rete, un sistema di franchising. Un solo contratto di *franchising* non ha senso (a meno che sia il primo di quel franchisor)". In particolare, A. BERTOLOTTI, *La nozione*, in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, cit., p. 82, dice che si può parlare di franchising anche nel caso dei primi affiliati, laddove il fine delle parti sia quello di inserirsi in un sistema, in una rete, seppur non ancora costituita, in itinere.

determinati beni o servizi<sup>56</sup>. In virtù di tale fattispecie, che realizza forme di integrazione di livello molto elevato tra le parti<sup>57</sup>, in capo al franchisor sorge l'obbligo di fornire al franchisee, durante tutta la vita del rapporto, assistenza o consulenza tecnica e commerciale, di mettergli a disposizione la licenza di uso dei segni distintivi, e di conferirgli il know how<sup>58</sup>, in modo

---

<sup>56</sup> Come sappiamo, nella prassi si erano diffuse due tipologie di franchising, quello industriale - ovvero quella fattispecie in cui il franchisee si occupa, secondo le indicazioni del franchisor, della produzione di un determinato prodotto, che, poi, viene venduto con il marchio del franchisor - e quello di distribuzione, che è quello che ha trovato maggiore diffusione in Europa. L'opinione pressoché unanime è che il legislatore abbia voluto limitare l'ambito di applicazione della legge al solo franchising di distribuzione, e non anche a quello industriale. Tra tutti, A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 109; D. FRISANI, *Il franchising*, cit., p. 560, L. DELLI PRISCOLLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. com.*, 2004, p. 1164, il quale distingue tra franchising di prodotto e franchising di beni e servizi, sottolineando che il legislatore avrebbe fatto bene a non disciplinare il primo, che potrebbe già trovare una disciplina adeguata nella legge sulla subfornitura.

L'art. 2, rubricato "Ambito di applicazione della legge", estende le norme previste dalla legge in commento al rapporto del franchisor con il master franchisee ed al c.d. corner franchising, che si verifica quando un imprenditore, nell'ambito di una propria più ampia attività, dedica uno spazio anche all'attività di franchising. In particolare sul punto, G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, in *I contr.*, 2004, p. 762, sottolinea che, in realtà si dovrà trattare di un'applicazione delle norme della legge "in quanto compatibili", perché molte di esse hanno senso solo per un franchisee "finale", che non svolga altre attività, non avendo, in particolare, senso parlare di inserimento nella rete per il master franchisee, né imporre una durata triennale per un contratto di corner.

<sup>57</sup> Il franchising si rivela per l'affiliante funzionale a creare una vasta rete per commercializzare beni o servizi sul territorio senza provvedervi direttamente o ricorrere a distributori che collochino sul mercato prodotti secondo i loro piani strategici. Come sottolinea A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 1, entrambe le parti traggono vantaggio dal ricorso a tale fattispecie contrattuale: il franchisor può controllare l'intero processo distributivo senza sostenerne i costi e il franchisee può servirsi di tecniche commerciali già provate e, venendo identificato dai consumatori nel produttore stesso, può così conseguire rapidamente elevati incassi grazie all'uso di conoscenze sperimentate e di marchi affermati.

<sup>58</sup> Uno degli elementi essenziali del franchising consisterebbe nella messa a disposizione del franchisee da parte del franchisor di diritti di proprietà industriale - come marchio e insegna - e di diritti di proprietà intellettuale - conoscenze tecniche quali il know how, i brevetti. Si concederebbe, però, solo la disponibilità del diritto, escludendosi, invece, che il diritto venga ceduto oppure trasferito all'affiliato. In tal senso, A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 44. Come sottolinea G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, cit., p. 762, il franchisor concede al franchisee la disponibilità di un "package". Si discute se, per potersi configurare una fattispecie di franchising, il franchisor, possa mettere a disposizione solo alcuni di questi elementi o debba necessariamente mettere a disposizione del franchisee tutti questi elementi. La prima soluzione parrebbe in realtà venir suggerita dal dato letterale della disposizione che fa riferimento ai diritti di proprietà intellettuale o industriale. In particolare, P. ZANELLI, *Il contratto di franchising*, in *Trattato di diritto privato*, t. XI, diretto da P. Rescigno, Torino, 2000, p. 143 ss., p. 152, dice che quello che deve essere trasferito non è un singolo elemento ma l'intero pacchetto di beni e servizi messi a disposizione del franchisee. F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 21, dice che sembrerebbe sufficiente mettere a disposizione un numero tale di elementi da costituire un insieme significativo che giustifichi l'obbligo di pagare un corrispettivo, e, quindi potrebbero bastare elementi appartenenti ad una sola delle due categorie. Però, in realtà, l'A. osserva che alcuni elementi come il know how debbano necessariamente essere messi a disposizione, come emerge dall'art. 4 comma 3, e che comunque anche la

tale da uniformare l'immagine ed i prodotti e servizi offerti, rendendo, così, palese ai clienti l'appartenenza alla medesima catena di distribuzione<sup>59</sup>.

Dal canto suo, il franchisee, oltre a dover rispettare le direttive che vengono impartite dal franchisor<sup>60</sup>, è tenuto alla corresponsione di una somma di denaro al momento dell'ingresso nella rete, c.d. *entry fee*, e di royalties periodiche, proporzionali al proprio fatturato<sup>61</sup>, oltre che a dover acquistare una quantità minima di beni da rivendere, in caso di franchising di prodotti. Anche il franchisee, così come il subfornitore, si rivela un imprenditore tipicamente debole<sup>62</sup>, dovendo sostenere investimenti

---

mancanza della messa a disposizione dei diritti di proprietà industriale sembrerebbe difficilmente ipotizzabile. Nella stessa direzione, A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 29. A seconda, che si tratti di franchising di distribuzione di beni o di servizi potranno avere più rilevanza alcuni aspetti rispetto ad altri: nel caso di franchising di distribuzione a tali obblighi si accompagnerà quello di vendere periodicamente determinate quantità di beni, e nell'altro di rivenderle; diversamente in quello di servizi rileverà maggiormente il diritto all'utilizzo dei segni distintivi.

<sup>59</sup> In tal senso, P. ZANELLI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 152. L'utilizzo di segni distintivi comuni imposti dal franchisor rappresenta uno degli elementi comuni a tutte le reti di franchising, realizzando una sorta di fattore di avviamento in tutti i rapporti commerciali. In tal senso, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 6. Come sottolinea, G. COLANGELO, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, cit., p. 852, nel franchising, tutto ruota, insomma, attorno allo sfruttamento commerciale di un'immagine accreditata presso i consumatori ed al legame tra reputazione del prodotto ed affidamento della clientela.

<sup>60</sup> D. FRISANI, *Il franchising*, cit., p. 597, dice che il legislatore non si occupa del potere dell'affiliante di fornire informazioni circa l'organizzazione commerciale tecnica e amministrativa del concessionario finalizzata alla creazione di una rete omogenea. L'A., a p. 598, giustifica la lacuna nel fatto che la legge si occupa principalmente della tutela del contraente debole e non di fornire una regolamentazione organica della materia.

<sup>61</sup> F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 24, sottolinea che l'elemento della royalty o della entry fee, rappresenta una sorta di corrispettivo per la concessione di diritti di proprietà industriale o intellettuale. Ma tali elementi possono rappresentare anche una sorta di partecipazione alle spese sostenute dal franchisor per gli investimenti pubblicitari e istituzionali, e quindi non semplicemente un corrispettivo della concessione dei diritti di proprietà industriale e intellettuale. Le entrance fee sono definite dall'art. 1, comma 2, lett. b) come un diritto di ingresso, una cifra fissa, rapportata anche al valore economico e alla capacità di sviluppo della rete, che l'affiliato versa al momento della stipula del contratto di affiliazione commerciale. Diversamente, con il termine royalty si fa riferimento, ai sensi dell'art. 1, comma 2, lett. c, ad una percentuale che l'affiliante richiede all'affiliato commisurata al giro d'affari del medesimo o in quota fissa, da versarsi anche in quote fisse periodiche. In base a questa previsione si chiarisce che le stesse devono essere costituite da un corrispettivo, determinato in relazione al fatturato del franchisee oppure in modo forfettario. Vi è chi vede in questo investimento iniziale una sorta di investimento di capitale finalizzato alla partecipazione, rappresentando così una forma di finanziamento del franchisor, mediante la raccolta di risparmio tra il pubblico. In questo senso, P. ZANELLI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 158, il quale ritiene che da questo punto di vista debba entrare in gioco la disciplina relativa alla tutela del risparmio.

<sup>62</sup> Va però considerato che pur essendo il contraente tipicamente debole, non è sempre corretto identificare nell'affiliato la parte debole e nell'affiliante la parte forte, vista la vastità delle situazioni che in concreto si possono verificare. In tal senso V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *I contr.*, 2005, p. 74; A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 108.

sicuramente non riutilizzabili in differenti rapporti contrattuali, e svolgendo delle prestazioni standardizzate<sup>63</sup>, svolte di frequente in esclusiva<sup>64</sup>, senza contare che i marchi e le insegne di cui può usufruire risultano condizione determinante per poter mantenere la sua clientela<sup>65</sup>. Per queste ragioni il legislatore intervenne nel 2004 con una disciplina che, più che fornire una disciplina organica in materia, vuole essere una

---

<sup>63</sup> In particolare, G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, cit., p. 761, evidenzia che la legge sul franchising si porrebbe a seguito della legge sulla subfornitura e del decreto legislativo sui ritardi di pagamento come un ulteriore intervento del legislatore in tema di contratti tra imprese, che muove dal presupposto che una delle imprese contraenti necessiti di tutela. Nello stesso senso anche, V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 73, secondo il quale la legge n. 129 del 2004 può ritenersi una tappa significativa nel progressivo avvicinamento tra contratti del consumatore e contratti d'impresa. L'A. sottolinea che i contratti di *franchising* siano generalmente caratterizzati da una accentuata situazione di dipendenza dell'affiliato nei confronti dell'affiliante, in considerazione della prestazione di un'opera prevalentemente personale, della stabilità del rapporto, della continuità dell'opera prestata e di un forte potere di ingerenza del franchisor nella gestione dell'impresa del franchisee. Per quanto attiene alle ragioni che determinerebbero la debolezza del franchisee A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 26 ss., sottolinea che dovrebbero essere rinvenute in primis nella situazione di asimmetria informativa che lo caratterizzerebbe rispetto al franchisor ed è proprio per tale ragione che la linea di intervento seguita pare essere quella della previsione di obblighi di disclosure. G. COLANGELO, *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, cit., p. 853, rimarca invece che dovrebbe essere rinvenuta nel fatto che il franchisee sostiene investimenti "idiosincratici", in quanto non suscettibili di rapida ed indolore riconversione a modalità di sfruttamento alternative, prospettandosi così all'orizzonte un rischio di soggiogazione, rappresentato dalla semplice minaccia dell'improvvisa interruzione del rapporto, la quale produrrebbe l'effetto di trasformare automaticamente gli investimenti in *sunk costs*.

<sup>64</sup> A rendere ancora più stretto il legale tra le parti sono le clausole che di frequente vengono previste, come quella di esclusiva che obbliga il franchisee a non svolgere prestazioni in concorrenza con il concedente durante la vita del rapporto contrattuale. Impegno che potrebbe anche venire previsto per un periodo successivo alla conclusione del rapporto contrattuale entro i limiti di cui all'art. 2596 c.c. Inoltre, spesso vengono previste anche clausole che vietano la concorrenza tra soggetti che appartengono alla medesima catena. Sul punto, A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 36, sottolinea che prima dell'intervento legislativo, ci si interrogava se le stesse dovessero essere espressamente pattuite oppure se fossero connaturate all'esistenza stessa di un contratto di franchising. L'attuale art. 3 parrebbe aver risolto ogni problema in merito richiedendo espressamente che debba essere espressamente indicato per iscritto, ai sensi della lett. c, l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante.

<sup>65</sup> In particolare, L. DELLI PRISCOLLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, cit., p. 1167, sottolinea che il franchising risulta il tipico esempio di contratto di distribuzione, ovvero di quei contratti di durata che si caratterizzano per il fatto che una parte affida all'altra in tutto o in parte la fase della produzione dei beni e servizi o della distribuzione degli stessi e l'altra per svolgere tale attività deve effettuare investimenti e acquisire conoscenze specifiche. Quest'ultimo verrebbe stabilmente inserito nel ciclo economico del primo, subendo, di conseguenza, una notevole ingerenza da parte della controparte, pur essendo giuridicamente autonomi, e pur assumendo il rischio di impresa.



disciplina di protezione, presentando varie norme di interesse<sup>66</sup>: in primis, l'art. 3 prevede che il contratto debba, a pena di nullità, essere redatto in forma scritta, in modo da permettere al franchisee di poter meglio apprezzare il regolamento contrattuale a cui si vincolerà, garantendogli una maggiore certezza<sup>67</sup>. Anche in questo caso, così come osservato in materia di subfornitura, si tratterebbe di un'ipotesi di nullità relativa, rimessa alla disponibilità del franchisee, diversamente, infatti, la disposizione si rivelerebbe potenzialmente molto pregiudizievole per il quest'ultimo, e ciò in palese contrasto con la *ratio* di protezione alla base dell'intera disciplina<sup>68</sup>. In linea con la disciplina di cui alla l. n. 192/98 risulta anche la previsione di un contenuto minimo, dovendo, ai sensi dell'art 3 comma 4, essere necessariamente indicati nel contratto alcuni elementi<sup>69</sup>, funzionali a

---

<sup>66</sup> In tal senso, O. CAGNASSO, *Introduzione*, in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, a cura di O. Cagnasso, Torino, 2005, p. 4 ss. In particolare, sottolinea che non si tratterebbe propriamente di una legge sul franchising, non mirando la stessa a fornire una disciplina organica al contratto in questione, ma piuttosto una disciplina volta ad evitare truffe vestite da contratto di *franchising*, vuole evitare che aspiranti imprenditori vengano indotti a corrispondere somme senza nulla ottenere in cambio. In tal senso, G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, cit., p. 764.

<sup>67</sup> In tal senso A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 74. In particolare, L. QUATTROCCHIO, *Forma e contenuto del contratto*, in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, Torino, 2005, p. 97, sottolinea che prima dell'entrata in vigore della legge del 2004, il Codice deontologico della Federazione italiana del franchising, e anche il codice deontologico europeo prevedevano che il contratto dovesse essere stipulato per iscritto. Per quanto attiene alla funzione che la forma verrebbe a rivestire in queste situazioni, G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising*, cit., p. 763, sostiene che la forma verrebbe a rivestire finalità informativa a protezione del franchisee, fungendo da veicolo di informazioni.

<sup>68</sup> F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 44, afferma però che tale rischio parrebbe abbastanza remoto, stante l'interesse da parte del franchisor alla validità del contratto, dal momento che la disciplina del franchising si rivela idonea a tutelare anche suoi diritti – ad esempio la proprietà del marchio, diritti alle royalties – che, diversamente, rimarrebbero privi di tutela, o comunque ricevrebbero una minore tutela. Di conseguenza, secondo l'A. sarebbe stato comunque preferibile non prevedere la forma scritta, ma piuttosto attribuire alle parti, così come avviene nel contratto di agenzia, il diritto di pretendere dall'altra la specificazione per iscritto dei contenuti del contratto. Un altro problema è verificare se è possibile la conversione del contratto di franchising - nullo per mancata indicazione di uno degli elementi essenziali – ex 1424 in un generico contratto di distribuzione. Sul punto, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 51, dice che pur essendo astrattamente ammissibile la conversione pare difficile ritenere che sussistano i requisiti per procedere alla conversione, mancando la volontà delle parti di ricorrere ad un diverso schema contrattuale. Si può riflettere, inoltre, sulla forma che devono rivestire eventuali modificazione successive degli accordi raggiunti, che di frequente si realizzano durante la vita del rapporto.

<sup>69</sup> Tale previsione si giustifica per la finalità protettiva della legge sul franchising, dal momento che si vuole evitare che il franchisee, non disponendo di adeguata informazione in merito, sia chiamato a sostenere costi eccessivi rispetto agli eventuali guadagni. Gli elementi che devono essere indicati sono: l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività, le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*; l'eventuale indicazione

mettere il franchisee in condizione di valutare la convenienza del contratto, consentendogli di svolgere un'adeguata ponderazione dei vantaggi e degli svantaggi<sup>70</sup>.

---

di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato; l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante; la specifica del *know-how* fornito dall'affiliante all'affiliato; le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di *know-how* da parte dell'affiliato; le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione; le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso. La disposizione, in questo modo, ci indica chiaramente alcuni aspetti: in primo luogo, a differenza del pagamento di una entry fee, che è meramente eventuale, il pagamento di royalties viene dalla dottrina maggioritaria ritenuto necessario. Di conseguenza non sarebbero ammissibili forme indirette di corresponsione di un corrispettivo per l'utilizzo del "package", come ad esempio potrebbe realizzarsi in caso di franchising di prodotto tramite il pagamento dei beni o servizi al franchisor. In tal senso, A. BERTOLOTTI, *La nozione*, cit., p. 73. Diversamente, secondo A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 45, anche il pagamento della merce potrebbe essere fatto rientrare nella nozione di corrispettivo. Di conseguenza, l'A. si rammarica del fatto che il legislatore non abbia espressamente previsto che il corrispettivo può essere "diretto" o "indiretto". In particolare, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 6 e p. 34, afferma che nella prassi, mentre nel franchising di prodotto la royalty potrebbe anche non essere presente, venendo sostituita dal pagamento della merce a prezzi che consentano margini di utile per il franchisor; in caso di franchising di servizi si ritiene che debba sempre sussistere la royalty. Diversamente, il legislatore ha preferito escludere la possibilità di qualificare come franchising quei contratti in cui non fosse prevista la corresponsione di royalties, al fine di limitare la tutela alle forme più tipiche di franchising. In secondo luogo, il fatto che l'esclusiva territoriale sia solo eventuale chiarisce che tale elemento non possa essere considerato un naturale negotii. Tale esclusiva laddove prevista deve essere esattamente definita per iscritto nel medesimo documento. Si pone però il problema di comprendere le conseguenze che deriverebbero dal mancato rispetto di suddette previsioni, sembrando paradossale la conseguenza della nullità della clausola non indicata nelle modalità richieste. In tal senso, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 55. In particolare, poi, l'indicazione delle condizioni per poter chiedere la risoluzione risulta funzionale al fatto che si presentava spesso molto ostico stabilire l'inadempimento di quali obbligazioni possa avere una rilevanza tale da determinare la risoluzione del contratto in base alla disciplina generale, in questo modo, diversamente si potrebbero evitare lunghi contenziosi. Lo sottolinea sempre A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 87. In particolare, L. QUATTROCCHIO, *Forma e contenuto del contratto*, cit., p. 118, si interroga sulle conseguenze della mancata indicazione delle condizioni di rinnovo. Infine, A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 82, rimarca che il riferimento è alle eventuali attrezzature o formazioni specifiche che il franchisee viene chiamato a sostenere nel momento di ingresso, e deve trattarsi di investimenti a lungo termine il cui costo non può essere recuperato a breve termine. L'A. sottolinea che però molti di essi dipenderanno dalle condizioni soggettive dell'affiliato e quindi indicazioni maggiormente dettagliate dovranno essere offerte nell'allegato al contratto.

<sup>70</sup> Disposizione che si rivelerebbe rilevante anche per il fatto che sembrerebbe implicitamente indicare ulteriori requisiti essenziali, necessari per poter qualificare il contratto come franchising. In questo modo, il legislatore, oltre a limitare l'ambito di applicazione della legge al solo franchising di prodotto, avrebbe richiesto la presenza di ulteriori elementi, risultando così anche la nozione adottata dal legislatore più ristretta di quella adottata nella prassi. In particolare, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 37, evidenzia che il nostro legislatore ha deciso di delimitare in modo abbastanza restrittivo l'ambito di applicazione della nuova legge sul franchising, al fine di tutelare le forme, per così dire, più tipizzate, evitando di estendere analoga tutela a contratti che seppur simili sono maggiormente riconducibili ad altre figure contrattuali. Se il legislatore avesse voluto estendere la tutela a tutte le situazioni in cui

Nel caso del franchising il legislatore non si è, però, accontentato di simili previsioni, ma ha predisposto ulteriori strumenti per garantire una maggiore trasparenza, ritenendo che la disclosure, in particolare nella fase delle trattative, fosse lo strumento più idoneo a tutelare il franchisee, adottando così soluzioni molto simili a quelle adoperate in materia di contratti con i consumatori<sup>71</sup>. Cominciando dall'art. 4, questa disposizione non solo detta specifici obblighi informativi nella fase precontrattuale, ma richiede anche che, almeno 30 giorni prima della conclusione del contratto, l'affiliante consegna all'aspirante affiliato copia completa del contratto da

---

vi è una forte dipendenza di un distributore in relazione ad un fornitore, in virtù del fatto che il primo rischi di non poter ammortizzare gli investimenti fatti su richiesta del fornitore, avrebbe fatto ricorso ad una nozione assai più ampia tale da ricomprendere anche i contratti di concessione di vendita che comportino una dipendenza particolarmente elevata. L'A., a p. 38, osserva che la possibilità data alle parti di escludere l'applicazione delle norme sul franchising non prevedendo alcuni elementi, come ad esempio quella della corresponsione di una royalty, non deve essere visto come una forma di elusione della legge dal momento che alle parti è data la possibilità di ricorrere a differenti strumenti contrattuali. Non tutti gli elementi indicati devono comunque considerarsi essenziali: quelle preceduti dall'aggettivo "eventuale", infatti, devono considerarsi meramente eventuali. Questi ultimi non devono necessariamente essere convenuti, ma se previsti devono rivestire le medesime forme previste per quelli essenziali, a pena di nullità del contratto.

Tali elementi in base ad una lettura congiunta del primo e del terzo comma dell'art. 3, dovrebbero risultare per iscritto a pena di nullità. In tal senso, Cass. 3.02.99, n. 887, in *Giur. it.*, 2000, p. 59. Nullità, però, che ancora una volta deve essere intesa come una nullità relativa. In questo senso A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 116. *Contra*, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 48, secondo il quale in questi casi il franchisee potrebbe trovare tutela solo in virtù dell'art. 1338 c.c., laddove il franchisor avesse omissis di informarlo di una causa di nullità del contratto.

<sup>71</sup> Come rimarca V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 71, la legge 6 maggio 2004, n. 129, dedica alla fase delle trattative ben quattro dei complessivi suoi nuovi articoli: l'art. 3 comma 4, l'art. 4, l'art. 6 e l'art. 8. Diversamente, prima dell'entrata in vigore della legge l'unica norma che poteva venire utilizzata a tal fine era l'art. 1337 c.c., in materia di responsabilità precontrattuale. Norma che, peraltro, era inadeguata a tutelare l'aspirante affiliato - in particolare sotto il profilo delle informazioni attinenti alla situazione finanziaria del franchisor e alle prospettive dell'affare propostogli - data l'interpretazione restrittiva tradizionalmente fornita alla norma medesima dalla giurisprudenza. L. DELLI PRISCOLLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, cit., p. 1174, rimarca l'importanza di questi obblighi in relazione al contratto di franchising, dal momento che il franchising potrebbe prestarsi a essere utilizzato come uno strumento di inganno da parte del franchisor al fine di lucrare un sostanzioso diritto di ingresso in cambio di licenze di nessun pregio e di valore effimero.

Si diceva che i numerosi obblighi informativi previsti accomunerebbero la disciplina del franchising a quelle relative ai contratti dei consumatori. In particolare, L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, cit., *passim*, sottolinea che se nel caso dei contratti con i consumatori tali obblighi troverebbero giustificazione nella condizione di asimmetria informativa in cui versa la parte, nel caso dell'imprenditore debole, trattandosi di un soggetto che svolge la sua attività professionalmente, tali obblighi dovrebbero rinvenire altrove una loro giustificazione, in quanto, almeno in linea di principio, la sua minor forza contrattuale non dovrebbe dipendere da un'asimmetria informativa. Non a caso, come sottolinea G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, cit., p. 59, nel caso di imprenditori molto spesso tali obblighi sono reciproci: come ad esempio avviene nel franchising.

sottoscrivere, corredato da una serie di allegati, contenenti i principali dati riferiti all'affiliante<sup>72</sup>. Il fine, chiaramente, è quello di consentire al franchisee di disporre preventivamente di un'informazione completa che gli permetta di conoscere aspetti rilevanti, quali, ad esempio, la solidità economica del franchisor, l'effettiva titolarità del marchio in capo allo stesso, potendo così valutare la convenienza della conclusione del contratto, aspetto che in relazione a questa fattispecie si rivela molto importante se si considera che il franchisee viene, di regola, chiamato a corrispondere un'entry fee per poter entrare nella rete<sup>73</sup>. La previsione

---

<sup>72</sup> Tali allegati in particolare devono indicare i principali dati relativi all'affiliante, tra i quali ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio; una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale; una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante; l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla *privacy*. Ai sensi del comma 2, negli allegati di cui alle lettere *d*), *e*) ed *f*) del comma 1, l'affiliante può limitarsi a fornire le informazioni relative alle attività svolte in Italia. Con decreto del Ministro delle attività produttive, da emanare entro novanta giorni dalla data di entrata in vigore della presente legge, sono definite le informazioni che, in relazione a quanto previsto dalla predette lettere *d*), *e*) ed *f*), dovranno essere fornite dagli affilianti che in precedenza abbiano operato esclusivamente all'estero. Tali informazioni, come si diceva, devono essere fornite in una fase precontrattuale, non essendo previsto, diversamente, un obbligo di adempiere ad obblighi informativi di questo tipo anche durante la vita del rapporto. In caso di rinnovo del contratto si pone il problema se sia o meno necessario fornire nuovamente suddetti allegati. In senso negativo A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 104, il quale sostiene che ciò non sia necessario laddove si concluda il contratto alle medesime condizioni. Diversamente, si dovranno fornire gli allegati in questione.

<sup>73</sup> Come rimarca C. VACCÀ, *Franchising, una disciplina in cerca di identità*, cit., p. 885, il diritto all'informazione del contraente meno in grado di disporre dei dati relativi alla valutazione dei costi e dei benefici dell'attività che si accinge ad intraprendere costituisce uno degli aspetti più delicati ed, al contempo, di maggiore rilevanza in tutti i contratti della distribuzione, specie se l'avvio dell'attività del distributore comporta investimenti onerosi per affrontare i quali è fatto ricorso a società finanziarie, spesso collegate all'affiliante o concedente. Non stupisce, pertanto, che gli interventi legislativi dedicati ai contatti di distribuzione, in particolare a quello di *franchising*, abbiano incentrato l'attenzione sulle cosiddette *disclosure regulations*, vale a dire le norme inderogabili circa le informazioni che devono essere trasmesse all'aspirante distributore "at the earlier of the first personal meeting for the purpose of discussing". Nello stesso senso, V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 77. Secondo alcuni tale previsione mirerebbe, nell'ambito di un contratto tra imprenditori, a realizzare la medesima funzione del diritto di recesso previsto in ambito di contratti con i consumatori, consentendo alla parte di riflettere maggiormente sulla decisione di stipulare il contratto. G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., p. 55, paragona questa tecnica di tutela allo *ius poenitendi* che spesso

risulterebbe quindi molto opportuna, tenuto conto del fatto che il generico obbligo che potrebbe sorgere ex art. 1337 c.c.<sup>74</sup>, in questo caso si presenterebbe come inidoneo a garantire tutela al franchisee<sup>75</sup>, nondimeno

---

caratterizza i contratti dei consumatori. In entrambi i casi si tenderebbe a dare alla parte debole un periodo di tempo in cui verificare in via definitiva la decisione di concludere o meno il contratto. La differente tecnica secondo l'A. si giustifica alla luce delle differenze che caratterizzerebbero le due fattispecie di riferimento: nel caso di contratti con i consumatori l'accordo non sarebbe preceduto da alcuna trattativa; diversamente in relazione al contratto di franchising, pur essendo sentita l'esigenza della standardizzazione, la conclusione del contratto presuppone comunque un'intensa fase delle trattative. Va notata l'importanza del fatto che venga previsto un momento temporale preciso in cui la parte deve essere messa a conoscenza di tali informazioni. Anche se, come afferma A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 127, il termine previsto è meramente indicativo; non essendo stabilito nulla di diverso, sembrerebbe doversi concludere, infatti, che non abbia natura perentoria, e che, pertanto, il suo mancato rispetto non dovrebbe comportare alcuna conseguenza negativa in capo al franchisor. Il problema maggiore risulta essere quello di comprendere cosa si debba intendere per "copia completa" del contratto. Sicuramente pare da escludersi che suddetto documento consista semplicemente in un prospetto informativo, così come avviene, invece, secondo altre importanti discipline come quella sulla multiproprietà, o quella della vendita di pacchetti turistici. Si deve però riflettere se si tratti del vero e proprio contratto da sottoscrivere. In senso positivo, V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 77, il quale ritiene che, seppur interpretare la disposizione in tal senso comporti notevoli inconvenienti pratici per entrambe le parti, sul piano della concreta prassi negoziale, - essendo frequente che nella prassi alcuni elementi essenziali vengano concordati dalle parti solo nelle fasi finali della trattativa, se non addirittura il giorno della sottoscrizione del contratto - una conclusione differente si porrebbe in contrasto non solo con il dato letterale, ma anche con le esigenze di tutela del franchisee. In questo modo, infatti, realizzando una sorta di elusione della norma, il *franchisor* potrebbe completare in un tempo successivo il regolamento contrattuale, aggiungendovi le ulteriori clausole relative allo specifico assetto di interessi, senza consentire al *franchisee* di disporre del tempo minimo - così come valutato dal legislatore - necessario per esaminare e valutare tutte le clausole negoziali. In senso contrario, invece, G. DE NOVA, *La nuova legge sul franchising, I Contr.*, 2004, p. 761, secondo il quale, alla luce del combinato disposto degli artt. 3 comma 4 e 4, si dovrebbe concludere che il *franchisor* si deve limitare a consegnare una copia delle proprie condizioni generali di contratto, non sembrando ragionevole che si debba consegnare in anticipo di un mese altro che le condizioni generali di contratto. Una terza opinione è quella fornita da A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 97, il quale sostiene che la teoria in base alla quale il riferimento sarebbe alle sole condizioni generali non può essere accolta se non intendendo con tale espressione il contratto tipo utilizzato dall'affiliante, all'interno del quale potranno essere mancanti alcuni elementi, quali l'esatto ammontare degli investimenti, e gli elementi accidentali, i quali saranno oggetto di negoziazione successiva.

<sup>74</sup> In relazione alla clausola generale di cui all'art. 1337 c.c. che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nelle trattative e in relazione alla responsabilità precontrattuale che potrebbe conseguire alla violazione di siffatto obbligo, in generale si v. G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il Codice civile commentato*, fondato da P. Schlesinger, Milano, 1993, sub art. 1337; M. CONFORTI, *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*, in *La nuova giurisprudenza civile comm.*, 2009, p. 207; S. MONTEMAGGI, *Responsabilità precontrattuale e contratto abusivo*, in *I contr.*, 2008, p. 617 ss.; L. ROVELLI, *La responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto in generale*, t. II, a cura di G. Alpa, G. Chiné, F. Gazzoni, F. Realmonte, L. Rovelli, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, p. 201 ss.

<sup>75</sup> In tal senso V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 77. Come sappiamo ex art. 1337 c.c. sorgerebbero nella fase delle trattative degli obblighi informativi, quali espressione del principio di buona fede in senso oggettivo. In materia di obblighi di informazione nella fase precontrattuale, si rimanda a G.

non si può sottolineare che la disposizione, prevedendo che il franchisor potrebbe rifiutarsi di fornire informazioni in relazione alle quali sussistano obiettive e specifiche esigenze di riservatezza, che comunque dovranno essere citate nel contratto<sup>76</sup>, forse potrebbe consentire in modo non troppo faticoso al franchisor di sottrarsi a detti obblighi.

Della fase precontrattuale si occupa anche l'art. 6, che provvede, ulteriormente, a sancire obblighi precontrattuali di comportamento, statuendo che entrambe le parti, in qualsiasi momento, debbano tenere un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede, con una previsione che, in buona sostanza, sembrerebbe limitarsi a richiamare gli artt. 1337 e 1375 c.c., nulla aggiungendo rispetto a quanto previsto dal codice civile<sup>77</sup>. Il legislatore si preoccupa, invece, di esplicitare l'obbligo in capo all'affiliante di fornire tempestivamente all'affiliato ogni dato e informazione che lo stesso ritenga necessario o utile ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale<sup>78</sup>. Tale obbligo di comunicazione viene meno laddove si tratti di informazioni oggettivamente

---

GRISI, *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990, *passim*. Nel corso del tempo però si sono sempre più diffuse disposizioni volte a prevedere specifici obblighi informativi nella fase precontrattuale e durante la vita del rapporto contrattuale, procedendo, in questo modo, anche ad una sorta di standardizzazione degli obblighi, non più lasciati alla elaborazione di dottrina e giurisprudenza: si pensi alla materia dei contratti di investimento finanziario. Sul punto si v. G. ALPA, *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 889 ss. In particolare, L. DELLI PRISCOLLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, cit., p. 1176, sottolinea che sarebbe stato inadeguato rifarsi alla disciplina dell'art. 1337 c.c. in merito agli obblighi informativi dal momento che la stessa non potrebbe comunque spingersi fino a obbligare il franchisor a render informazioni sulla sua situazione finanziaria e quella degli altri franchisees, si limiterebbe in buona sostanza a obbligare a fornire informazioni rilevanti in merito alla convenienza del rapporto contrattuale. Da questo punto di vista, quindi, la disposizione detta una disciplina particolarmente di tutela per il franchisee.

<sup>76</sup> Sul punto A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 95, rimarca che sembra difficile comprendere in che casi possano verificarsi esigenze di questo tipo e la motivazione alla base delle stesse, dal momento che, ad eccezione dell'oggetto di cui alla lett. f, per il quale esiste il confine esterno del rispetto della privacy, negli altri casi sussiste la necessità dell'affiliante di controllare la veridicità e la completezza di questi elementi.

<sup>77</sup> L. GUERRINI, *Sulla violazione degli obblighi di informazione in materia di affiliazione commerciale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 1266 ss., sostiene che la previsione secondo la quale l'affiliante deve tenere nei confronti dell'aspirante affiliato un comportamento ispirato a lealtà, correttezza e buona fede, sarebbe pleonastica, in quanto meramente riproduttiva dei principi generali. In senso critico sulla previsione anche, V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 79.

<sup>78</sup> C. VACCÀ, *Franchising, una disciplina in cerca di identità*, cit., p. 913, afferma che gli obblighi precontrattuali di informazione costituiscono l'elemento centrale, o forse l'unico, della l. 6 maggio 2004, n. 129.

riservate o la cui divulgazione costituirebbe violazione di diritti di terzi<sup>79</sup>, fermo restando che, nel caso in cui decidesse di non fornire le informazioni richieste, dovrebbe comunque motivare la sua decisione<sup>80</sup>.

Non pare però che la disposizione si presti a garantire una forte tutela al franchisee, potendo il franchisor facilmente eludere l'obbligo di fornire informazioni adducendo la natura riservata delle stesse oppure il fatto che potrebbero ledere i terzi, non sembrando, in questo senso, che, di per sé, l'obbligo di fornire una motivazione possa tutelare adeguatamente il franchisee<sup>81</sup>. Un obbligo per certi versi speculare viene imposto anche in capo al franchisee, dovendo fornire, ai sensi del comma 3 dell'art. 6, tempestivamente ed in modo esatto e completo, all'affiliante ogni informazione e dato la cui conoscenza risulti necessaria o opportuna ai fini della stipulazione del contratto di affiliazione commerciale, anche se non espressamente richiesti dall'affiliante: tali obblighi si concretizzeranno, in primo luogo, in un obbligo di non divulgare informazioni che siano state apprese durante le fasi delle trattative<sup>82</sup>. Viene però prevista una disciplina

---

<sup>79</sup> In senso critico sulla previsione, V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 79, il quale sostiene che, data l'estrema genericità della formula legislativa, il franchisor potrà facilmente sottrarsi agli obblighi informativi su di esso incombenti, semplicemente invocando la riservatezza delle informazioni che dovrebbe fornire. L'obbligo di menzionare nel contratto le esigenze di riservatezza, ai fini del diniego delle informazioni, non sembra, d'altra parte, rappresentare un'adeguata tutela per l'aspirante affiliato. La previsione risulta, si noti, tanto più ingiustificata, in quanto è prassi costante degli accordi di *franchising* – come di altre tipologie contrattuali – la previsione di obblighi di riservatezza, la cui violazione è spesso sanzionata pesantemente. In senso critico anche, A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 113, critica il richiamo di ben tre clausole generali e si interroga su cosa possa aggiungere la norma rispetto a previsioni già esistenti, come gli artt. 1337 c.c. e 2598 n. 3 c.c.

<sup>80</sup> Fornisce una differente interpretazione della disposizione A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 114, il quale distingue tra la situazione che si verifica nel comma 1, dove viene meno l'obbligo di comunicare le informazioni, da quella del comma 2 laddove l'obbligo sussisterebbe ma in presenza di particolari circostanze il franchisor potrebbe sottrarsi allo stesso adducendo determinate motivazioni, come la riservatezza della stessa, o il fatto di non disporre di siffatte informazioni.

<sup>81</sup> C. VACCÀ, *Franchising, una disciplina in cerca di identità*, cit., p. 914, il quale sottolinea che una regola di questo tenore rischia di vanificare le – già scarse – tutele rappresentate dal blando obbligo di *disclosure* a carico del franchisor, istituendo un illimitato ed indeterminato obbligo, solo apparentemente simmetrico, a carico dell'aspirante franchisee al quale possono essere addebitate le conseguenze di qualsiasi 'malinteso' maturato nella fase della negoziazione.

<sup>82</sup> Come rimarca V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 85, l'obbligo di riservatezza concerne, in particolare, le informazioni industriali – quali i marchi, il *know-how*, etc. – di cui l'aspirante affiliato venga a conoscenza durante la fase delle trattative. In proposito, occorre segnalare che, come si è visto, il franchisor deve consegnare all'aspirante affiliato una copia del contratto, contenente tutti gli elementi elencati dall'art. 3, quarto comma – che il franchisor non può rifiutare, adducendo ragioni di riservatezza – tra i quali la specifica del *know-how* fornita dallo

differente delle informazioni che devono essere fornite dall'affiliante e dall'affiliato<sup>83</sup>, da un lato perché l'affiliante deve fornire le informazioni che gli vengono richieste dall'affiliato, mentre l'affiliato deve fornire determinate informazioni indipendentemente da una richiesta della controparte, inoltre, quest'ultimo è tenuto a fornire non solo le informazioni necessarie e utili, ma anche quelle opportune<sup>84</sup>. Infine, a differenza del franchisor, non sembra che il franchisee possa sottrarsi ad adempiere a suddetti obblighi informativi. In relazione ad entrambe le disposizioni, e quindi sia nel caso dell'art. 4 che dell'art. 6, non indicando il legislatore delle specifiche sanzioni<sup>85</sup>, pare doversi concludere che la

---

stesso *franchisor* (lett. d). Il *franchisee* non potrà dunque divulgare a terzi - sia prima che dopo la conclusione del contratto - o utilizzare a suo vantaggio - qualora le trattative non sfocino nella conclusione del contratto - le informazioni attinenti il *know how* del *franchisor*, acquisite da quest'ultimo.

<sup>83</sup> V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 86, critica la previsione di una disciplina differente in materia di informazioni, adducendo che tale differenza sembra contrastare con la finalità, perseguita dall'intera legge, di tutelare il soggetto "debole" del rapporto, rischiando di vanificare la tutela rappresentata dall'obbligo di *disclosure* a carico del *franchisor*. Nondimeno essa può giustificarsi, in primo luogo, perché la legge non fa gravare sull'aspirante affiliato, a differenza dell'affiliante, alcun particolare obbligo di *disclosure*; per cui, mentre per l'affiliante non risulta facile individuare altre informazioni «necessarie o utili» ulteriori rispetto a quelle di legge, se non appunto per specifiche esigenze dell'aspirante affiliato, quest'ultimo deve offrire tutte le informazioni standard di cui potrebbe avere bisogno l'affiliante. In secondo luogo, perché anche l'affiliante è suscettibile di essere considerato, per certi aspetti, un contraente «debole», il cui interesse a ottenere informazioni viene tutelato, ove si consideri che, ad esempio, qualora l'affiliato si rivelasse soggetto non affidabile o non capace, esso potrebbe mettere a repentaglio l'intera immagine commerciale dell'affiliante.

<sup>84</sup> Vi è anche chi si interroga sul coordinamento tra questa previsione e quella contenuta nell'art. 4. Sul punto si rimanda a A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 116.

<sup>85</sup> La tematica della violazione degli obblighi precontrattuali di informazione risulta, in generale, di particolare interesse. In alcuni casi il legislatore riconduce alla violazione specifiche conseguenze, che spesso esulano dalla semplice responsabilità precontrattuale: si pensi in materia di contratti con i consumatori, nel caso di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, l'art. 67 septiesdecies che prevede che il contratto è nullo, nel caso in cui il fornitore ostacola l'esercizio del diritto di recesso da parte del contraente ovvero non rimborsa le somme da questi eventualmente pagate, ovvero viola gli obblighi di informativa precontrattuale in modo da alterare in modo significativo la rappresentazione delle sue caratteristiche. La nullità può essere fatta valere solo dal consumatore e obbliga le parti alla restituzione di quanto ricevuto. È fatto salvo il diritto del consumatore ad agire per il risarcimento dei danni. Inoltre, l'art. 62 in materia di contratti a distanza e contratti negoziati fuori dai locali commerciali prevede che il professionista che contravviene alle disposizioni precedenti, oppure non fornisca informazioni al consumatore, ovvero ostacola l'esercizio del diritto di recesso, ovvero informazione incompleta o comunque errata o comunque non conforme sul diritto al recesso, ecc. è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da cinquecentosedici a cinquecentomilacentosessantacinque euro. Nei casi particolarmente gravi o di recidiva i limiti sono raddoppiati. Inoltre in questi casi, ai sensi dell'art. 65 comma 2 lett. a e b il termine per l'esercizio del diritto al recesso decorrerà solamente dal momento in cui il professionista avrà adempiuto a siffatti obblighi. In particolare, inoltre, in relazione ai contratti a distanza, l'art. 52



mancata osservanza degli obblighi previsti faccia sorgere una responsabilità di tipo precontrattuale in capo alla parte inadempiente, e, in presenza dei presupposti richiesti, possa determinare l'annullabilità del contratto per

---

comma 3 in relazione alle comunicazioni telefoniche prevede che l'identità del professionista e lo scopo commerciale della telefonata devono essere indicati in modo inequivocabile all'inizio della conversazione a pena della nullità del contratto. Nel caso della multiproprietà, l'art. 81 prevede che in caso di violazione da parte del venditore dell'art. 70, quest'ultimo è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro 500 a euro 3.000. Inoltre, in caso di ripetuta violazione dell'art. 70 comma 1 può essere applicata la sanzione amministrativa accessoria della sospensione dall'esercizio dell'attività da quindici giorni a tre mesi. Sanzioni amministrative vengono previste anche in caso di violazione dell'art. 7 del d.lgs. n. 70/03 in materia di commercio elettronico.

Di particolare interesse si presenta la situazione in cui il legislatore non abbia previsto specifiche conseguenze in caso di violazioni di siffatti obblighi. In particolare, in materia di contratti di investimento è sorta una disputa, che, a ben vedere, poteva proporsi anche in relazione alle discipline a protezione dell'imprenditore debole, in ordine alla possibilità di rinvenire in caso di violazione degli obblighi di comportamento previsti espressamente nella fase precontrattuale, e in particolare, in caso di obblighi informativi, un'ipotesi di nullità virtuale per violazione di disposizioni imperative. Come sappiamo, la nozione di nullità virtuale è stata elaborata dalla dottrina sulla base dell'art. 1418 c.c. che prevedendo la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative dovrebbe indicare che la nullità del contratto non si verifica solamente laddove espressamente comminata da una disposizione (nullità testuali) ma anche laddove manchi una simile previsione, purché sia stata violata una norma imperativa. Sul punto si v. A. VILLETTA, *Le nullità virtuali*, in *Le nullità negoziali*, a cura di L. Ferroni, Milano, 1998, p. 615 ss. R. VIGLIONE, *Intermediari negligenti e strumenti di protezione dei risparmiatori: la risposta delle sezioni unite*, in *Studium iuris*, 2008, p. 536 ss.; F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 936 ss. Sul punto, l'impostazione più tradizionale, si v. in particolare, Cass., 29.09.05, n. 19024, in *Contratti*, 2006, p. 130, sosteneva che la nullità del contratto per contrarietà a norme imperative, ai sensi dell'art. 1418, c.c., postula che siffatta violazione attenga ad elementi intrinseci della fattispecie negoziale, cioè relativi alla struttura o al contenuto del contratto, e quindi l'illegittimità della condotta tenuta nel corso delle trattative per la formazione del contratto, ovvero nella sua esecuzione, non determina la nullità del contratto, indipendentemente dalla natura delle norme con le quali sia in contrasto, a meno che questa sanzione non sia espressamente prevista anche in riferimento a detta ipotesi, come accade nel caso disciplinato dal combinato disposto degli artt. 1469-ter quarto comma, e 1469-quinquies, primo comma, c.c., in tema di clausole vessatorie contenute nei cd. contratti del consumatore, oggetto di trattativa individuale. Diversamente, il Tribunale di Foggia, in data 15.05.06, e quello di Brindisi, in data 18.07.07, si sono pronunciati nel senso che la violazione degli obblighi informativi e di diligenza imposti all'intermediario comporta la nullità del contratto di negoziazione per violazione di norme imperative. Sul punto si sono pronunciate anche le sezioni unite della cassazione, Cass., sez. un., 19.12.07, n. 26725, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, 547, statuendo che, per quanto attiene agli obblighi che precedono ed accompagnano la stipulazione del contratto, la loro violazione determina responsabilità precontrattuale, con conseguente risarcibilità del danno (in caso di effettiva stipula) commisurato al minor vantaggio ovvero al maggior aggravio economico prodotto dal comportamento contrario a buona fede.

In particolare, in dottrina, nel senso che la violazione di suddetti obblighi determinerebbe la nullità del contratto, V. ROPPO, *Il contratto nel duemila*, Torino, 2005, p. 48.

errore o dolo, in base alla disciplina generale in materia di vizi del consenso<sup>86</sup>.

L'unica norma che espressamente sanziona ipotesi, in un certo senso, di inottemperanza agli obblighi informativi è l'art. 8 che prevede in capo ad entrambe le parti la possibilità di chiedere l'annullamento del contratto ai sensi dell'articolo 1439 c.c., nonché il risarcimento del danno, se dovuto, nel caso in cui la controparte abbia fornito false informazioni<sup>87</sup>. La disposizione non risulta di immediata comprensione, prestandosi, in particolare, ad alcune ambiguità il richiamo all'art. 1439 c.c., che, come sappiamo, prevede il dolo come causa di annullamento del contratto, quando i raggiri utilizzati da una parte siano tali che senza di essi l'altra parte non avrebbe contratto. L'interpretazione secondo la quale la disposizione si limiterebbe a prevedere la possibilità di annullare il contratto in presenza dei requisiti indicati dall'art. 1439 c.c.<sup>88</sup>, non parrebbe condivisibile, dal momento che finirebbe, in buona sostanza, con il rendere la norma una mera ripetizione del dettato codicistico<sup>89</sup>. La

---

<sup>86</sup> In materia di responsabilità precontrattuale e conseguenze dell'inosservanza di obblighi informativi, si rimanda a C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 174. Non solo, ma secondo alcuni, nell'ipotesi prevista dall'art. 4, la mancanza degli allegati richiesti, o la loro incompletezza, sarebbero sanzionabili anche sul piano della responsabilità contrattuale, rappresentando vere e proprie ipotesi di inadempimento a obblighi che sorgono ex lege. In tal senso, V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 89. Infine, poiché le informazioni di cui all'art. 4 costituiscono allegati al contratto di *franchising*, e dunque elementi integranti e necessari di quest'ultimo - al pari di quelli elencati dall'art. 3, terzo comma - qualora il contratto ne fosse (in tutto o in parte) privo, o sussistesse una difformità tra la realtà dei fatti e i dati oggetto di comunicazione, il *franchisor* violerebbe le disposizioni di legge sulla forma e sulla trasparenza contrattuale ai danni del *franchisee*, risultando inadempiente (anche) sotto il profilo della responsabilità contrattuale. Si tratta, in altri termini, di un'ipotesi di inadempimento di un obbligo di informazione legislativamente previsto, assimilabile alla c.d. responsabilità da prospetto, prevista dalla disciplina dei mercati finanziari (128). Di conseguenza, il *franchisee* potrà, in tal caso, chiedere la risoluzione del contratto per inadempimento, sussistendo i presupposti di cui agli artt. 1453 e ss., c.c., nonché il risarcimento dei danni subiti per effetto dell'inadempimento del *franchisor*, nella misura (questa volta) dell'interesse c.d. positivo.

<sup>87</sup> Come avremo modo di sottolineare successivamente il rendere false informazioni potrebbe rilevare come ipotesi di abuso di dipendenza economica.

<sup>88</sup> Ritengono che la disposizione si limiterebbe a richiamare il dettato dell'art. 1439 c.c., e che quindi l'annullabilità del contratto presupporrebbe il fatto che la controparte non potrebbe comunque chiedere l'annullamento del contratto laddove si possa ritenere che lo avrebbe concluso anche in assenza dei raggiri, D. FRISANI, *Il franchising*, cit., p. 596; V. PANDOLFINI, *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, cit., p. 88.

<sup>89</sup> In particolare, si ritiene che la norma in esame, abbia richiamato non già tutti gli elementi costitutivi della fattispecie disciplinata dall'art. 1439 c.c. - bensì soltanto la parte precettiva della norma stessa, sanzionando con l'annullamento del contratto tutte le ipotesi di "false informazioni", a prescindere dal carattere determinante dell'inganno, ovvero indipendentemente dalla influenza determinante delle false informazioni sulla decisione della controparte di contrarre, o di contrarre a

soluzione preferibile sembrerebbe, di conseguenza, ritenere che in base all'art. 8 sia possibile chiedere l'annullamento del contratto anche in mancanza dei presupposti richiesti dall'art. 1439 c.c. e, quindi, anche nel caso in cui il dolo non sia stato determinante.

Un altro aspetto regolato dalla legge sull'affiliazione commerciale, che in passato risultava tra i più problematici in relazione a questa fattispecie contrattuale, è quello della durata del rapporto e, più nello specifico, della facoltà delle parti di recedere dallo stesso, prestandosi così lo stato di fatto a pregiudicare entrambe le parti, ma a maggior ragione la parte più debole<sup>90</sup>: nonostante differenti progetti di legge avessero proposto di rendere il franchising un contratto necessariamente a tempo determinato, la scelta del legislatore del 2004 è stata quella di prevedere una durata minima del rapporto di tre anni, sia che venga concluso un contratto a tempo determinato che indeterminato<sup>91</sup>, al fine di consentire al franchisee, che per iniziare il rapporto ha dovuto sostenere spese ed investimenti, di ammortizzare gli stessi e di evitare anche forme di ricatto

---

determinate condizioni. In particolare, A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 133, si interroga sull'applicabilità in questo ambito dell'art. 1440 in materia di dolo incidentale. Concludendo che l'applicazione della disposizione in questione sembrerebbe in realtà superata dalla previsione di cui all'art. 8. Però in realtà l'A. conclude che non si vede il perché escluderne l'applicazione ogniquale volta il contraente ingannato, più che ad ottenere l'annullamento del contratto avesse interesse alla riconduzione ad equità dello stesso oltre all'eventuale risarcimento del danno. Discorso differente è se la semplice reticenza possa avere rilevanza ex art. 1439 c.c.: sul punto, L. GUERRINI, *Sulla violazione degli obblighi di informazione in materia di affiliazione commerciale*, cit., p. 1268 ss., conclude che il riferimento alle "false informazioni" sembrerebbe escludere la rilevanza a qualsiasi situazione diversa dal dolo commissivo, potendo il dolo omissivo rilevare solo ai sensi della disciplina generale dettata in materia dal codice civile. Diversamente, A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 133., sostiene che, anche se la norma parrebbe riferirsi alle informazioni false, all'interno di questa nozione sembrerebbe possibile ricomprendere anche l'omissione dolosa di informazioni. Secondo C. VACCÀ, *Franchising, una disciplina in cerca di identità*, cit., p. 912, l'art. 8 presume l'esistenza del dolo in ogni caso di reticenza.

<sup>90</sup> Sul punto si rimanda a E. TANZARELLA, *La nuova disciplina del franchising*, in *Rass. Dir. civ.*, 2005, p. 570 ss. Svolge una breve panoramica sulla situazione anteriore all'emanazione della legge in materia, L. QUATTROCCHIO, *Forma e contenuto del contratto*, cit., p. 100.

<sup>91</sup> Anche se la formulazione letterale sembrerebbe indirizzare verso una soluzione differente, alla luce della ratio della disciplina, pare infatti doversi ritenere che la durata minima trovi applicazione sia in relazione ai contratti a tempo determinato che a quelli a tempo indeterminato, non consentendosi quindi neppure in questo caso la possibilità di recedere anche se con congruo preavviso prima del termine, salvo che sussista giusta causa. In tal senso, in tal senso, D. FRISANI, *Il franchising*, cit., p. 601. Nello stesso senso, L. QUATTROCCHIO, *Forma e contenuto del contratto*, cit., p. 101, sottolinea che la durata minima dovrebbe ritenersi applicabile, sebbene non espressamente previsto dalla legge, anche ai contratti a tempo indeterminato, diversamente si violerebbe lo spirito della norma che è quello di assicurare una certa stabilità iniziale, al fine di consentire al franchisee un ammortamento degli investimenti effettuati.

attuata dalla parte forte per riuscire a pattuire più convenienti condizioni contrattuali, realizzando così una sorta di riequilibrio del potere contrattuale<sup>92</sup>. Nel caso in cui le parti stabilissero un termine di durata inferiore a quello previsto per legge, la conseguenza più logica parrebbe quella della sostituzione della clausola invalida con i termini legali<sup>93</sup>.

A ben vedere, la legge sul franchising si caratterizza per la predisposizione di numerosi strumenti formali di protezione a favore della parte debole<sup>94</sup>, trascurando, invece, quelli di tipo sostanziale<sup>95</sup>, adottando la logica della disclosure, che, seppur in termini più attenuati, sarebbe rinvenibile in relazione ad altre fattispecie contrattuali in cui la conoscenza di determinate informazioni risulta essenziale per poter valutare se e a che condizione contrarre: il riferimento è al contratto di assicurazione, o forse più opportunamente, dovendoci occupare in questa sede di rapporti tra

---

<sup>92</sup> D. FRISANI, *Il franchising*, cit., p. 600, sottolinea che il franchisor infatti utilizzando lo strumento del recesso avrebbe potuto “ricattare” la parte debole la quale aveva sostenuto numerosi investimenti per imporre le sue condizioni.

<sup>93</sup> In tal senso, A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 82; L. QUATTROCCHIO, *Forma e contenuto del contratto*, cit., p. 101, il quale sottolinea che parrebbe una soluzione inadeguata il far conseguire alla previsione di una durata inferiore la nullità dell'intero contratto.

<sup>94</sup> Va evidenziato che durante i lavori parlamentari che portarono all'emanazione della legge si osservò che era preferibile predisporre unicamente norme a carattere generale, lasciando invece le parti libere di contrattare. Va detto che la legge in questione ha ricevuto valutazioni positive, in quanto garantirebbe tutela al soggetto debole senza limitare eccessivamente l'autonomia privata. In senso positivo sulla legge, A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 135, che dice che la legge n. 129 non ha opportunamente intaccato la libertà e l'autonomia ma è intervenuta solo laddove occorreva mettere dei paletti a tutela del contraente più debole. Anche A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 25, dice che se si fosse regolamentati anche aspetti sostanziali del franchising si sarebbe incorso in gravi inconvenienti: in primo luogo una normativa eccessivamente stringente avrebbe ristretto la libertà degli operatori di creare fattispecie contrattuali flessibili che si adattino alle specifiche esigenze delle singole reti di franchising. A p. 28, sottolinea che la legge non mira a riequilibrare le posizioni economiche delle parti, ma a fornire un adeguato livello di informazioni. Sempre in senso positivo anche, E. TANZARELLA, *La nuova disciplina del franchising*, cit., p. 559, secondo il quale lo statuire pesanti disposizioni, incentrate anche sul contenuto del contratto sarebbe stato un pesante errore, dal momento che l'affiliazione ha trovato applicazione in molti settori con caratteristiche e peculiarità proprie, spesso non conciliabili.

<sup>95</sup> Invece in senso critico, L. GUERRINI, *Sulla violazione degli obblighi di informazione in materia di affiliazione commerciale*, cit., p. 1276, il quale afferma che la legge in questione sembra essere un atto di mero recepimento del codice deontologico europeo in materia di franchising. In particolare, C. VACCÀ, *Franchising, una disciplina in cerca di identità*, cit., p. 919, rimarca che la l. 6 maggio 2004, n. 129, non appare idonea a recare un contributo allo sviluppo delle reti secondo parametri di equità ed efficienza: per contrastare l'arbitrarietà che affonda le radici nella asimmetria delle regole contrattuali è necessario disporre di strumenti che consentano la definizione di regole operative certe e condivise, volte ad assicurare il reciproco scambio di informazioni nella fase precontrattuale ed a garantirne il flusso bidirezionale durante l'intero arco delle relazioni.

imprese, al contratto di riassicurazione, in relazione al quale, trovano applicazione gli artt. 1892, 1893, 1897, 1898 c.c., che, come sappiamo, proprio in ragione della rilevanza nell'ambito di siffatti contratti aleatori della esatta valutazione del rischio, prevedono conseguenze di rilievo nel caso in cui vengano fornite informazioni false o reticenti<sup>96</sup>.

Ulteriori interventi in materia di franchising si ravvisano nel d.m. n. 204/05, che si applica agli affilianti che, prima della data di sottoscrizione del contratto di affiliazione, hanno operato esclusivamente all'estero, sempre che si tratti di casi in cui, sulla base delle norme di diritto internazionale privato, il contratto è regolato dalla legge italiana.

In tema di franchising si deve anche registrare che l'Associazione Italiana del Franchising (AIF), Assofranchising, ha predisposto un Codice deontologico in data 1/1/1995 - successivamente modificato in data 25/05/06 - che ha natura obbligatoria nei confronti di quei franchisor che abbiano provveduto ad iscriversi all'AIF<sup>97</sup>. Le norme del codice deontologico non si discostano da quelle della l. 129/04 anche se il primo provvederebbe a disciplinare aspetti forse trascurati dal legislatore, come quello della risoluzione del contratto, prevedendo, all'art. 10, che il contratto di franchising deve indicare chiaramente i possibili casi di scioglimento dello stesso. In particolare, viene sottolineato che l'eventuale

---

<sup>96</sup> L'art. 1892 c.c. disciplina l'annullabilità del contratto di assicurazione in ragione delle carenze informative atte a ripercuotersi sull'assetto dell'operazione economica, laddove esse siano dovute a dolo o a colpa grave. Diversamente, nel caso di dichiarazioni inesatte o reticenti senza dolo o colpa grave, l'art. 1893 c.c. prevede che l'assicuratore possa recedere dal contratto stesso, con dichiarazione da farsi nei tre mesi dalla data in cui ha avuto conoscenza dell'inesattezza o della reticenza.

<sup>97</sup> La premessa al codice deontologico precisa che "Il presente Codice Deontologico deve essere osservato da tutti i Soci dell'Associazione Italiana del Franchising. Esso ha lo scopo di imporre agli Affilianti, Soci dell'Assofranchising, l'adozione di regole di comportamento ispirate a principi di correttezza e professionalità. L'appartenenza dell'Affiliante all'Assofranchising garantisce, quindi, l'assoggettamento di esso a tali ulteriori regole, tendenti a favorire l'instaurazione e lo svolgimento di un corretto rapporto di Franchising.

Il presente Codice Deontologico integra - ma non sostituisce né si pone in contrasto con - le normative di legge e/o di autoregolamentazione, vigenti a livello nazionale ed europeo, che devono quindi continuare ad essere scrupolosamente osservate dai Soci. Nel caso in cui dovesse insorgere, in futuro, un conflitto tra il presente Codice Deontologico ed una normativa di legge inderogabile, sarà cura dell'Assofranchising modificare di conseguenza il Codice Deontologico. Nel frattempo, i Soci saranno automaticamente esonerati dall'osservanza delle norme di esso, che dovessero risultare in contrasto con tale normativa. Il presente Codice Deontologico presuppone la stretta osservanza, da parte dei Soci, delle regole deontologiche e di autoregolamentazione, predisposte dalla Federazione Europea del Franchising, con le quali esso deve essere coordinato, sia in fase interpretativa che applicativa, per impedire l'insorgere di qualsiasi conflitto".

risoluzione automatica del contratto, per inadempimento di una delle parti, deve essere limitata agli inadempimenti di clausole importanti per la corretta impostazione e gestione del sistema di franchising. Diversamente, per i casi di violazione di obbligazioni contrattuali di minore rilevanza, deve essere prevista una procedura di messa in mora della parte che ha commesso la violazione, per dare modo ad essa di sanare l'inadempimento.

La disposizione ora richiamata si limiterebbe a richiamare orientamenti giurisprudenziali già in precedenza formati in materia, alla luce di quelli che sono i principi regolatori della materia, in base ai quali è illegittimo prevedere la risoluzione automatica e immediata del contratto per inadempimenti non gravi.

Sempre in relazione ad aspetti trascurati dalla legge sul franchising, il codice deontologico prevede che il contratto debba espressamente indicare le condizioni dell'eventuale rinnovo, dell'eventuale cessione del contratto, nonché contenere specifiche previsioni relative alle obbligazioni delle parti dopo la cessazione dello stesso, per qualsiasi motivo intervenuta, in particolare per quanto riguarda la cessazione dell'uso dei segni distintivi dell'Affiliante, da parte dell'Affiliato. Il compito di vigilare sulla corretta ed integrale osservanza da parte dei soci delle norme contenute nel codice deontologico, nonché delle norme aventi forza di legge o di autoregolamentazione, che risultino applicabili ai rapporti di Franchising, sia a livello italiano che a livello europeo viene affidata alla stessa Associazione italiana franchising, l'Assofranchising, la quale, però, in ogni caso si dovrà limitare a sanzionare i soci, tramite l'esclusione dall'associazione.

### **3. Le forme di collaborazione tra le imprese e il contratto di rete.**

L'analisi del contratto di affiliazione commerciale, ma in certi termini anche quella del contratto di subfornitura, ci ha consentito di analizzare alcuni strumenti attraverso i quali si realizzano forme di collaborazione tra imprenditori. Molte sono le forme attraverso le quali si

possono realizzare fenomeni di questo tipo: si pensi, per fare solo alcuni esempi, alle joint venture<sup>98</sup>, oppure alle ATI<sup>99</sup>, oppure ai consorzi<sup>100</sup>.

---

<sup>98</sup> Le joint venture nascono negli Stati Uniti, dove si distingue tra contractual joint venture e joint venture corporations: nella prima l'accordo non dà vita ad un'organizzazione distinta da quella dei coventures, nella seconda, invece, le parti prevedono la costituzione di una società di capitali cui affidare la conduzione dell'iniziativa congiunta. Solo in questo secondo caso vi è la nascita di una nuova società, mentre nel primo caso i soggetti mantengono una loro autonomia, realizzando una forma di collaborazione a carattere semplicemente transitorio. Si deve, inoltre, sottolineare che possono essere moltissime le finalità perseguite dai coventures, i quali non si associano necessariamente per ottenere profitti immediati, ma anche per avere un contributo in termini di partecipazione tecnica, esperienze di mercato, appoggio finanziario. Una ragione molto frequente è quella dell'integrazione verticale. La joint venture, inoltre, si dimostra vantaggiosa anche per il fatto che attenua la concorrenza, ponendo, al contempo, alcune problematiche di correlazione con la disciplina antimonopolistica, risultando al limite della liceità.

In relazione alle joint venture si rimanda a, G. DI ROSA, *L'associazione temporanea di imprese. Il contratto di joint venture*, Milano, 1998, *passim*; A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture*, Milano, 1981, *passim*; D. BONVICINI, *Le joint venture: tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, 1977, *passim*. In Italia ha trovato applicazione il contratto di joint venture, contratto associativo innominato tramite il quale, per la convenienza di un'esecuzione congiunta di un'opera o, comunque, di un'attività economica che, per l'onerosità richiesta e per la complessità che la contraddistingue, non può essere svolta da soli, si conviene la collaborazione tra due o più imprese. Per quanto attiene alle caratteristiche rilevanti del contratto di joint venture si devono sottolineare la temporaneità e l'occasionalità della collaborazione; il mantenimento dell'individualità dei partecipanti dal punto di vista economico, giuridico ed operativo, limitandosi ad eseguire pro parte, con la propria organizzazione ed in piena indipendenza dalle altre, la propria prestazione; il fatto che ciascuna impresa intrattiene direttamente rapporti con i terzi diversi dalla controparte (ad es. i fornitori), verso i quali in caso di inadempimento è responsabile in via esclusiva. Inoltre, l'assoluta mancanza di pubblicità e di organizzazione, o più correttamente la mancanza di organi comuni che abbiano compiti di direzione dell'impresa che vadano oltre il coordinamento e la ripartizione del lavoro tra i coventures. Infine, in alcuni casi viene costituito un fondo che assicura però solo la copertura degli oneri relativi alle spese e agli oneri generali di interesse comune, ed è esclusa pertanto una sua funzione di garanzia. Il rapporto si scioglie automaticamente non appena realizzata la prestazione.

<sup>99</sup> Per quanto riguarda invece le associazioni temporanee di imprese (ATI), sappiamo che non sussiste una disciplina volta a regolamentare in modo unitario il fenomeno: il legislatore, infatti, ha disciplinato solo alcune specifiche fattispecie, come nel caso degli appalti pubblici (l. 584/77). A livello comunitario questa figura viene per la prima volta presa in considerazione con la direttiva 71/305/CEE che coordina le discipline di aggiudicazione degli appalti di lavori pubblici. Le ATI si differenzerebbero dai semplici contratti di joint venture per il fatto che in questo modo, pur non costituendo una persona giuridica distinta dalle imprese riunite, viene conferito collettivamente all'impresa capogruppo un mandato con rappresentanza, gratuito ed irrevocabile, in virtù del quale la stessa è legittimata a compiere, con l'amministrazione, ogni attività giuridica connessa o dipendente all'affare comune (di solito appalto di opere pubbliche) e produttiva di effetti direttamente nei confronti delle imprese mandanti. Tra i tratti che caratterizzerebbero le associazioni temporanee tra imprese va rilevato che gli associati sono solidalmente responsabili verso i terzi; non viene creato un autonomo centro di imputazione di rapporti giuridici ex 2247; viene attribuito un potere rappresentativo ad una delle imprese contitolari del rapporto obbligatorio che è così investita del potere di trattare con il committente in nome e per conto proprio delle imprese riunite. La disciplina, peraltro scarna, non regola i rapporti interni ma solamente i rapporti esterni tra le ATI ed il committente. Per quanto attiene ai rapporti esterni, il legislatore lascia piena autonomia alle imprese nel disciplinare i rapporti tra loro e tra loro ed i terzi diversi dal committente.

Chiaramente non si deve trascurare che anche in questi ambiti si vengono a creare rapporti relativi tra imprenditori caratterizzati, di frequente, per la posizione di debolezza di un'impresa rispetto alle altre. Al di fuori delle ipotesi menzionate in precedenza, si deve rilevare che il legislatore non interviene per fornire discipline volte a regolamentare in modo compiuto i rapporti "di rete" o, comunque, suddetti rapporti di collaborazione, lasciando all'autonomia privata la facoltà di stabilire le modalità di concretizzazione di suddette forme di collaborazione.

Rimangono, pertanto, delle lacune che, come vedremo nel proseguo, necessitano di essere colmate per tutelare l'imprenditore debole anche in suddetti contesti.

Non si presenta funzionale ai nostri scopi, la disciplina recentemente introdotta dal legislatore relativa al c.d. contratto di rete con il d.l n. 5/09, recante misure urgenti a sostegno dei settori industriali in crisi, convertito con l. n. 33/09 relativamente al fenomeno delle reti di impresa<sup>101</sup>. Suddetto contratto viene definito dall'art. 3 comma 4-ter del d.l. n. 5/99, così come modificato dalla legge di conversione, come il contratto attraverso il quale due o più imprese si obbligano ad esercitare in comune una o più attività economiche rientranti nei rispettivi oggetti sociali<sup>102</sup>, allo scopo di

---

<sup>100</sup> Per quanto attiene ai consorzi si deve sottolineare che si differenziano dalle associazioni temporanee per il fatto che con il consorzio si istituisce un'apposita organizzazione: attraverso questo contratto più imprenditori istituiscono un'organizzazione comune, caratterizzata da stabilità, per la disciplina e per lo svolgimento di determinate fasi delle rispettive imprese. Il contratto di consorzio si è rivelato per le imprese di piccole o medie dimensioni uno strumento di collaborazione, capace di rafforzare la loro posizione sul mercato e perciò idoneo a svolgere una funzione antimonopolistica.

<sup>101</sup> In materia si v. F. CAFAGGI, *Il contratto di rete ed il diritto dei contratti*, in *I Contr.*, 2009, p. 915 ss.; C. CAMARDI, *Dalle reti di impresa al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I Contr.*, 2009, p. 928 ss., la quale sottolinea che la prima significativa indicazione in materia di reti di imprese proviene dall'art. 6 bis del d.l. 112 del 2008, convertito in l. n. 133/08 e poi abrogato, che definiva le reti di impresa come "libere aggregazioni di singoli centri produttivi coesi nello sviluppo unitario di politiche industriali, anche al fine di migliorare la presenza nei mercati internazionali". L'A. sottolinea che con il d.l. n. 5/09 la prospettiva è stata mutata dal momento che viene enucleata la nozione di contratto di rete. M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, in *I Contr.*, 2009, p. 934 ss. Si v., anche P. IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, in *I Contr.*, 2009, p. 942 ss.; F. MACARIO, *Il "contratto" e la "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *I Contr.*, 2009, p. 951. Si v., anche, M. R. MAUGERI, *Reti di impresa e contratto di rete*, in *I Contr.*, 2009, p. 957 ss.

<sup>102</sup> Ulteriore limitazione viene prevista in relazione all'oggetto del contratto, dal momento che la cooperazione deve essere riferita ad attività economiche che rientrano nell'oggetto sociale dei partecipanti.



accrescere la reciproca capacità innovativa e la competitività sul mercato<sup>103</sup>. Si tratta, pertanto, di un contratto plurilaterale, che vede come parti necessariamente delle imprese, a struttura aperta, consentendo l'adesione di ulteriori soggetti, che non dà vita ad un soggetto nuovo e diverso rispetto alle imprese che vi prendono parte<sup>104</sup>.

Si caratterizza per il fatto che gli appartenenti alla rete hanno obblighi e possono vantare diritti non solo verso un soggetto, si pensi al franchising, dove il franchisee può far valere le sue pretese solo nei confronti del franchisor e non verso tutti gli appartenenti alla rete, come invece accade in questo caso.

Pur essendo presente qualche elemento che ci richiama alla mente gli strumenti di tutela utilizzati per tutelare gli imprenditori deboli, come ad esempio la previsione di oneri formali, dovendo il contratto venir redatto nelle forme dell'atto pubblico o della scrittura privata autenticata; oppure la necessità di un contenuto minimo del contratto, dovendo essere indicati all'interno dello stesso alcuni elementi, quali: il nome, la ditta, la ragione o la denominazione sociale degli aderenti alla rete; l'indicazione degli obiettivi strategici e delle attività comuni poste a base della rete, che dimostrino il miglioramento della capacità innovativa e della competitività sul mercato; l'individuazione di un programma di rete, che contenga l'enunciazione dei diritti e degli obblighi assunti da ciascuna impresa partecipante e le modalità di realizzazione dello scopo comune da perseguirsi attraverso l'istituzione di un fondo patrimoniale comune, in relazione al quale sono stabiliti i criteri di valutazione dei conferimenti che ciascun contraente si obbliga ad eseguire per la sua costituzione e le relative modalità di gestione, ovvero mediante ricorso alla costituzione da

---

<sup>103</sup> C. CAMARDI, *Dalle reti di impresa al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, cit., p. 930, sottolinea che il legislatore immagina una rete prevalentemente cooperativa in funzione della ricerca, della diffusione e dell'applicazione di innovazioni industriali o commerciali, cioè della produzione e dell'applicazione di nuova conoscenza a livello di processo o di prodotto. F. CAFAGGI, *Il contratto di rete ed il diritto dei contratti*, in *I Contr.*, 2009, p. 919, sottolinea che la legge non avrebbe introdotto un nuovo tipo contrattuale, ma lo schema di un contratto trans tipico destinato ad essere impiegato per funzioni diverse, singole o combinate. Il contratto di rete è dunque applicabile a figure già esistenti ma consente anche di creare nuove modalità di collaborazione andando oltre gli schemi socialmente e legislativamente predisposti.

<sup>104</sup> C. CAMARDI, *Dalle reti di impresa al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, cit., p. 930, afferma che il contratto di rete appare costruito come un contratto associativo a struttura aperta avente quale causa il perseguimento di un obiettivo strategico definito in termini di accrescimento delle capacità delle imprese associate di innovare e di essere competitive sul mercato.

parte di ciascun contraente di un patrimonio destinato all'affare, ai sensi dell'articolo 2447-bis, primo comma, lettera a), del codice civile<sup>105</sup>; la durata del contratto, le modalità di adesione di altre imprese e le relative ipotesi di recesso; l'organo comune incaricato di eseguire il contratto di rete, i suoi poteri, anche di rappresentanza, e le modalità di partecipazione di ogni impresa all'attività dell'organo<sup>106</sup>. Nondimeno, anche se sicuramente tali previsioni consentono indubbiamente, laddove fosse presente una condizione di debolezza contrattuale, all'imprenditore debole di poter decidere più consapevolmente se concludere suddetto contratto, rendendo le parti maggiormente edotte dei diritti e degli obblighi che derivano dal contratto, non pare che la disciplina in questione possa essere richiamata tra quelle che nascono al fine di tutelare un imprenditore debole, realizzando, eventualmente, tale finalità solo in via indiretta<sup>107</sup>. La *ratio* dell'intervento legislativo pare piuttosto quella di facilitare un rilancio dell'economia e della competitività dell'industria nazionale<sup>108</sup>, estendendo ai contratti di rete i benefici fiscali previsti nei confronti dei distretti produttivi ai sensi dell'art. 1 comma 368 lett b. della l. n. 266/05<sup>109</sup>.

---

<sup>105</sup> Al fondo patrimoniale di cui alla presente lettera si applicano, in quanto compatibili, le disposizioni di cui agli articoli 2614 e 2615 del codice civile. Non di scarso interesse è la previsione in base alla quale le parti devono costituire un fondo comune, oppure ciascuna deve costituire un patrimonio destinato all'affare, che vengono disciplinati in base a quanto stabilito nel contratto e verrebbero ad assumere la connotazione di veri e propri patrimoni separati, non aggredibili da parte dei creditori delle singole imprese, ma solo da quelli comuni alle imprese della rete.

<sup>106</sup> In primis, quindi, deve essere istituito un organo comune incaricato di eseguire il contratto, con funzione di rappresentanza sul piano esterno. Salvo che sia diversamente disposto nel contratto di rete, l'organo agisce in rappresentanza delle imprese, anche individuali, aderenti al contratto medesimo, nelle procedure di programmazione negoziata con le pubbliche amministrazioni, nonché nelle procedure inerenti ad interventi di garanzia per l'accesso al credito, all'utilizzazione di strumenti di promozione e tutela dei prodotti italiani ed allo sviluppo del sistema imprenditoriale nei processi di internazionalizzazione e di innovazione, previsti dall'ordinamento.

<sup>107</sup> Sottolinea che la previsione di un contratto di rete possa essere funzionale ad incentivare forme di collaborazione che preservino maggiormente l'autonomia tra le parti, consentendo così di evitare il verificarsi di circostanze nelle quali si possono realizzare facilmente forme di abusi, P. IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, cit., p. 943.

<sup>108</sup> M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, cit., p. 935, il quale sottolinea che la finalità della disciplina è quella di rilanciare le piccole o medie imprese. L'A. però si interroga sull'opportunità della soluzione adottata per perseguire una simile finalità.

<sup>109</sup> M. GRANIERI, *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, cit., p. 937, manifesta la preoccupazione che, visti i benefici fiscali attribuiti alle reti di impresa dalla normativa in questione, delle imprese possano cercare di eludere la normativa mediante forme contrattuali di cooperazione chiaramente pretestuose e strumentali, in quanto finalizzate esclusivamente ad ottenere agevolazioni tributarie. In tal senso anche, P. IAMICELI, *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*,

#### 4. Il contratto di agenzia.

Non sembrerebbe invece introdurre alcun strumento di tutela particolarmente incisivo la disciplina relativa ad una fattispecie contrattuale che si presta particolarmente al verificarsi di situazioni di asimmetria di potere contrattuale tra le parti e a conseguenti abusi, ovvero il contratto di agenzia<sup>110</sup>, definito come il contratto con il quale una parte,

---

cit., p. 942. In dottrina vi è chi ipotizza la possibilità di applicare in via diretta o analogica suddetta disciplina ad altri rapporti contrattuali che diano vita a rapporti di tipo reticolare, purché in concreto si realizzino quei presupposti indicati dalla norma, in primis, sussista un programma comune di rete. Si pone suddetti interrogativi, C. CAMARDI, *Dalle reti di impresa al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, cit., p. 934.

<sup>110</sup> In generale sul contratto di agenzia, v. A. FORMIGGINI, *Il contratto di agenzia*, Torino, 1952, *passim*; G. GIORDANO, D. IANNELLI, e G. SANTORO, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, Torino, 1974, *passim*; R. BALDI, *Le novità nel contratto di agenzia per l'adeguamento alla direttiva CEE*, in *I contratti*, 1999, p. 505 ss.; O. CAGNASSO, voce *Agenzia*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. commerciale, I, Torino, 1993, p. 41 ss.; G. GHEZZI, *Del contratto di agenzia*, Bologna, 1970, *passim*; A. BALDASSARRI, *Contratto di agenzia. Figure affini, particolari e atipiche di agenti*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XVI, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 2004, p. 53 ss.; R. BALDI e A. VENEZIA, *Le nuove norme sul contratto di agenzia al vaglio della cassazione*, in *I contratti*, 2000, p. 793 ss.; E. ROTONDI, *Il contratto di agenzia nella giurisprudenza*, Milano, 1989, *passim*; G. ZUDDAS, *Il contratto di agenzia*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2005, *passim*; M. MISCIONE, *Nozione del contratto di agenzia: evoluzione nella legge e nella giurisprudenza*, in *Trattato Rescigno*, IV, 12, p. 249 ss; M. TOMMASINI, *Regole contrattuali e tutela dell'agente di commercio*, Torino, 2002, *passim*. L'agente, di regola, è un imprenditore, svolgendo professionalmente un'attività economia organizzata al fine della produzione e dello scambio di beni o servizi al fine di perseguire lo scopo di lucro. In tal senso, V. CERAMI, voce *Agenzia (contratto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, 1958, p. 875; A. BALDASSARRI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2003, p. 57 ss. L'eventuale mancanza di un'organizzazione stabile non vale a escludere la qualifica imprenditoriale dell'agente, ma vale a qualificarlo come un imprenditore o un piccolo imprenditore. In particolare, in merito alla necessità o meno dell'iscrizione nell'apposito albo per potere svolgere l'attività di agente, occorre fare una breve premessa. La l. 12 marzo 1968, n. 316 (Disciplina dell'attività di agente e rappresentante di commercio), ha istituito il ruolo degli agenti e rappresentanti di commercio. Successivamente è intervenuta la l. 3 maggio 1985, n. 204 (Disciplina dell'attività di agente e rappresentante di commercio) che ha riordinato la materia stabilendo come obbligatoria l'iscrizione nell'albo di agenti che siano in possesso di determinati requisiti. Per potersi iscrivere l'agente deve disporre di una serie di requisiti, indicati dall'art. 5. In passato sono sorte numerose controversie in ordine alle conseguenze della mancata iscrizione dell'agente al ruolo e in particolare al suo diritto al compenso. Si ritiene che il contratto concluso in mancanza del requisito dell'iscrizione sia nullo. Per quanto attiene al diritto al compenso, v. Cass., 12.11.83, n. 6729, in *Giust. civ.*, 1984, p. 1546; Cass., 12.11.83, n. 6730, in *Foro it.*, 1984, c. 92; Cass., 29.04.94, n. 4154, in *Riv. dir. comm.*, 1995, p. 439. Le sentenze richiamate escludono che il contratto possa convertirsi in un contratto di libero procacciamento di affari, dal momento che il contratto sarebbe nullo per illiceità della causa. In dottrina v., E.M. TRIPODI, *Agenti di commercio: continua il dilemma tra la validità del contratto e l'obbligo di iscrizione al ruolo*, in *Corriere giuridico*, 2002, p. 1301; M. CAPUTI, *Agenti mediatori e difetto di iscrizione nei ruoli professionali: "unicuique suum"?*, in *Foro it.*, 2002, c. 2709. Successivamente però è intervenuta la Corte di giustizia CE, 30.04.98, C 215/97, in *Foro it.*, 1998, c. 193, che fu chiamata a pronunciarsi sull'interpretazione della direttiva dal Tribunale di Bologna, con un'ordinanza del 16.04.97. La Corte ha ribadito

detta agente, assume stabilmente l'obbligo di promuovere per conto di un altro soggetto, detto preponente, e verso corrispettivo, la conclusione di contratti in una determinata zona<sup>111</sup>.

La Direttiva 653 del 18 dicembre 1986<sup>112</sup>, attuata in Italia con i d.lgs. n. 303/1991, e n. 65/1999<sup>113</sup>, indicava espressamente tra le sue finalità

---

che la direttiva comunitaria 18.12.86, n. 653, si pone in contrasto con la disciplina nazionale che subordina la validità del contratto all'iscrizione dell'agente nell'apposito ruolo. Pertanto, sul presupposto dell'efficacia diretta della direttiva nel nostro ordinamento la normativa interna in contrasto con quella comunitaria va disapplicata. Di conseguenza, nel caso in cui l'agente non fosse iscritto al ruolo il contratto di agenzia rimane valido e sussiste il diritto di percepire le provvigioni dovute. In questo senso, Cass., 12.11.99, n. 12580, in *Rep. Foro it.*, 1999, voce *Agenzia*, n. 47. Sul problema più generale delle «interferenze» tra normativa comunitaria e normativa interna, v. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 2002, *passim*.

<sup>111</sup> Sulla nozione di agente commerciale v., V. SANGIOVANNI, *Contratto di agenzia e nozione di "agente commerciale". Una comparazione con il diritto tedesco*, in *Giur. it.*, 2005, c. 1987, il quale sottolinea che anche se il legislatore italiano non fornisce un'espressa definizione di agente di commercio, essa è facilmente desumibile. Inoltre rileva che la nozione che implicitamente ci viene fornita dal codice civile è più ampia rispetto a quella assunta a livello comunitario dal momento che quest'ultimo fa riferimento ai negozi relativi «alla vendita o all'acquisto di merci». Per quanto attiene agli elementi essenziali per qualificare un contratto come agenzia, va precisato che alla stregua della disciplina nazionale, tra questi sembrerebbe doversi annoverare l'attribuzione di una zona in cui operare, dal momento che l'art. 1742 c.c. definisce infatti l'agente come il soggetto incaricato della promozione di affari in una determinata zona. Tanto che secondo la dottrina maggioritaria, tale elemento sarebbe essenziale per la qualificazione della fattispecie come contratto di agenzia. La zona deve essere individuata dalle parti nel momento della conclusione del contratto, potendo anche non essere indicata in modo espresso purché individuabile in base ad altri elementi, a esempio dalla presenza di un punto vendita del preponente affidato alla gestione dell'agente in un determinato luogo, v. Cass., 12.03.98, n. 2722, in *Mass. giur. it.*, 1998, c. 288. In questo senso, G. GIORDANO, D. IANNELLI, e G. SANTORO, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, cit., p. 140. Diversamente la direttiva comunitaria prevedeva l'assegnazione di una zona all'agente come una mera eventualità, rilevante soprattutto sotto il profilo delle provvigioni indirette. In questo senso, F. BORTOLOTTI e G. BONDANINI, *Il contratto di agenzia commerciale*, cit., p. 29 ss. Di conseguenza si deve interpretare la disciplina interna alla stregua di quella comunitaria. Inoltre, si tratta di un contratto a titolo oneroso, come già previsto dal legislatore del 1942 e richiesto anche dalla direttiva comunitaria, come risulta dall'art. 2 comma 1 che prevede espressamente che la stessa non trovi applicazione nei confronti degli agenti commerciali non retribuiti per la loro attività. Sul requisito dell'onerosità, v., V. CERAMI, voce *Agenzia (contratto di)*, cit., p. 873; E. SARACINI e F. TOFFOLETTO, *Il contratto di agenzia*, in *Il codice civile commentato*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1996, p. 47 ss.

<sup>112</sup> Direttiva relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti. In G.U.C.E., l. 31 dicembre 1986, n. 382, p. 17.

<sup>113</sup> Nello specifico, è stata modificata la disciplina relativa alla forma del contratto, alla provvigione, all'indennità di fine rapporto, all'esclusiva, al patto di non concorrenza. Ulteriori modifiche sono state apportate dalla legge comunitaria del 21 dicembre 1999, n. 56, che ha modificato la disciplina della clausola del «star del credere» e la l. 29 dicembre 2000, n. 422 sul patto di non concorrenza. Nel nostro ordinamento un'altra fonte importante in relazione al contratto di agenzia sono gli accordi economici collettivi (AEC). La l. n. 741/1959 ha reso efficaci erga omnes alcuni di questi accordi: in particolare l'Aec 27 novembre 1992 e 16 febbraio 2002 per il commercio; l'Aec 20 giugno 1956 per l'industria e le cooperative; l'Aec 21 ottobre 2004 per gli agenti in attività finanziaria. Gli AEC resi *erga omnes* hanno efficacia generale, diversamente, quelli non resi *erga omnes* sono contratti collettivi per la disciplina del contratto di agenzia e sono efficaci solamente per gli iscritti alle associazioni sindacali oppure per

quella di predisporre strumenti di tutela a favore dell'agente<sup>114</sup>, soggetto che frequentemente si verrebbe a trovare in condizione di debolezza, dal momento che, pur essendo formalmente indipendente rispetto al preponente<sup>115</sup>, non sempre gode della medesima autonomia<sup>116</sup>: si deve

---

coloro che esplicitamente o implicitamente vi prestino adesione. In relazione ai decreti di attuazione, v., M. PERASSI, *Decreto legislativo 10 settembre 1991, n. 303. Attuazione della direttiva 86/653/CEE relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 1992, p. 533 ss.; F. BORTOLOTTI, *Le nuove norme sul contratto di agenzia introdotte dal d.lgs. 65/1999, con particolare riferimento alla disciplina delle provvigioni*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1999, *passim*; G. ROSSELLI, *Il contratto di agenzia*, Torino, 2000, p. 33 ss.

<sup>114</sup> Questa finalità è chiaramente manifestata dalla Direttiva comunitaria, laddove viene affermato che: "Considerando che le differenze tra le legislazioni nazionali in materia di rappresentanza commerciale influenzano sensibilmente all'interno della Comunità le condizioni di concorrenza e l'esercizio della professione e possono pregiudicare il livello di protezione degli agenti commerciali nelle loro relazioni con il loro preponente, nonché la sicurezza delle operazioni commerciali; che d'altro canto, tali differenze sono di natura tale da ostacolare sensibilmente la stesura ed il funzionamento dei contratti di rappresentanza commerciale tra un preponente ed un agente commerciale, stabiliti in Stati membri diversi; considerando che gli scambi di merci tra Stati membri devono effettuarsi in condizioni analoghe a quelle di un mercato unico, il che impone il ravvicinamento dei sistemi giuridici degli Stati membri nella misura necessaria al buon funzionamento di tale mercato comune; che, a questo proposito, le norme in materia di conflitti di leggi, anche se unificate, non eliminano nel campo della rappresentanza commerciale gli inconvenienti denunciati sopra e non dispensano di conseguenza all'armonizzazione proposta; considerando, a tale proposito, che i rapporti giuridici tra l'agente commerciale e il preponente devono essere presi in considerazione con priorità; considerando che è opportuno ispirarsi ai principi dell'articolo 117 del trattato e procedere ad una armonizzazione nel progresso della legislazione degli Stati membri concernente gli agenti commerciali".

<sup>115</sup> La normativa richiede che l'agente sia un soggetto indipendente, dovendo lo stesso godere di una certa autonomia nei confronti del preponente. Sul concetto di autonomia richiamato nel testo v., G. GIORDANO, D. IANNELLI, e G. SANTORO, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, cit., p. 78 ss.; A. FORMIGGINI, *Il contratto di agenzia*, cit., p. 605.

<sup>116</sup> Da questi brevi tratti emergono già possibili ragioni di debolezza dell'agente commerciale dovute al fatto che in buona sostanza l'autonomia di cui disporrebbe l'agente non sarebbe sempre la medesima. In particolare, G. GIORDANO, D. IANNELLI, e G. SANTORO, *Il contratto di agenzia e la mediazione*, cit., p. 66 ss.; Cass., 10.01.96, n. 111, in *Giust. civ.*, 1996, p. 14, sottolinea che l'agente svolge autonomamente la sua attività e si assume il rischio del risultato di essa; pertanto ad esso non si applicano le norme e gli istituti del diritto del lavoro. Nondimeno, si è sentita l'esigenza di distinguere tra agenti dal momento che non tutti godono della stessa autonomia: vi sono agenti che godono di un'autonomia assoluta, come le grandi imprese di agenzia, e altri che godono di un'autonomia più ridotta, come i piccoli agenti che svolgono la loro attività personalmente. Questi ultimi sono stati qualificati come lavoratori parasubordinati e si è cercato di applicare nei loro confronti le norme poste a tutela dei lavoratori subordinati. Si è arrivati in questo modo alla l. 11.08.73, n. 533, che ha modificato l'art. 409 c.p.c. estendendo il rito del lavoro a tutti i rapporti di agenzia caratterizzati da una prestazione d'opera continuativa e coordinata, prevalentemente personale anche se non a carattere subordinato. In ogni caso, la figura dell'agente para-subordinato nel nostro ordinamento è stata accolta solamente a livello processuale dal momento che non gli sono applicabili le norme sostanziali che disciplinano il lavoro subordinato. Un altro elemento che differenzerebbe il lavoratore subordinato dall'agente è quello del rischio: quest'ultimo infatti sopporta, a differenza del primo, il rischio economico dell'attività svolta. In questo senso, A. BALDASSARRI, *Il contratto di agenzia*, cit., p. 76 ss.

considerare, infatti, che l'agente svolge un'attività che deve essere stabile<sup>117</sup>, e, di regola, in esclusiva<sup>118</sup>, sulla quale il preponente può ingerire, seppure entro certi limiti, impartendo all'agente istruzioni. Nondimeno, non pare

---

<sup>117</sup> L'attività dell'agente non può riferirsi a un'unica operazione, ma dovendo lo stesso riguardare un numero indeterminato di affari. Il requisito della stabilità distingue l'agenzia da figure affini quali il procacciamento d'affari e la mediazione. La direttiva comunitaria prevede il requisito della stabilità all'art. 1 comma 2 laddove prevede che l'agente è la persona incaricata in "modo permanente". Tale requisito è previsto nell'ordinamento italiano dall'art. 1742 comma 1 c.c. In giurisprudenza v. Cass., 8.02.99, n. 1078, in *I contratti*, 1999, p. 1016; Cass., 16.02.93, n. 1916, in *I contratti*, 1993, p. 307. La stabilità non può essere esclusa, *a posteriori*, in ragione dell'esiguità del numero degli affari conclusi. In questo senso, Cass., 1.06.98, n. 5372, in *Discipl. comm.*, 1999, p. 182. Al contrario, dal momento che l'attività dell'agente si concreti in una regolare, stabile e continua attività di visita e contatto con la clientela, laddove egli non abbia svolto tale attività, è da considerarsi inadempiente anche se abbia procurato saltuariamente la conclusione di contratti di notevole entità e perfino se abbia raggiunto il volume minimo di affari convenzionalmente stabilito, qualora il preponente dimostri che la produzione di affari avrebbe potuto essere maggiore. In questo senso, Cass., 25.09.95, n. 10130, in *Mass. giur. it.*, 1995. Sul punto, si v. in particolare, Cass., 24.06.05, n. 13629, in *Mass. giur. it.*, 2005, "Caratteri distintivi del contratto di agenzia sono la continuità e la stabilità dell'attività dell'agente di promuovere la conclusione di contratti per conto del preponente nell'ambito di una determinata sfera territoriale, realizzando in tal modo con quest'ultimo una non episodica collaborazione professionale autonoma con risultato a proprio rischio e con l'obbligo naturale di osservare, oltre alle norme di correttezza e di lealtà, le istruzioni ricevute dal preponente medesimo; invece il rapporto di procacciamento d'affari si concreta nella più limitata attività di chi, senza vincolo di stabilità ed in via del tutto episodica, raccoglie le ordinazioni dei clienti, trasmettendole all'imprenditore da cui ha ricevuto l'incarico di procurare tali commissioni; mentre la prestazione dell'agente è stabile, avendo egli l'obbligo di svolgere l'attività di promozione dei contratti, la prestazione del procacciatore è occasionale nel senso che dipende esclusivamente dalla sua iniziativa. Conseguentemente, al rapporto di procacciamento d'affari possono applicarsi in via analogica solo le disposizioni relative al contratto di agenzia (come le provvigioni) che non presuppongono un carattere stabile e predeterminato del rapporto e non anche quelle - di legge o di contratto - che lo presuppongono".

<sup>118</sup> D'altro canto, si deve anche considerare che l'esclusiva non rappresenta un requisito essenziale del negozio, ma solo un elemento naturale, così che le parti sono libere di escluderla. In questo senso, App. Genova, 17.10.06, dove viene affermato che "In materia di contratto di agenzia, l'applicazione del principio di cui all'art. 1743 c.c. comporta che nella bilateralità della clausola di esclusiva debba rinvenirsi un elemento naturale del contratto, elemento da ritenersi operante anche laddove non espressamente richiamato dalle parti contraenti ed insussistente solo nelle ipotesi in cui le stesse abbiano contrattualmente pattuito una sua specifica esclusione. In difetto, pertanto la sua violazione comporta la legittima operatività dell'istituto del recesso per giusta causa". Cass. 19.03.94, n. 2634, in *Rep. Foro it.*, 1994, voce *Agenzia*, n. 22; Cass., 28.01.83, n. 797, in *Rep. Foro it.*, 1983, voce *Agenzia*, n. 16. Nel caso in cui l'esclusiva venga esclusa, all'agente non spetta il diritto alla provvigione ex art. 1748 c.c. per gli affari conclusi nella zona direttamente dal preponente. In questo senso, Cass., 19.03.94, n. 2634, in *Mass. giur. it.*, 1994; Cass., 30.05.91, n. 6093, in *Foro it.*, 1991, c. 3076. Viene anche previsto che il preponente, anche in caso di esclusiva prevista a favore di entrambe le parti, possa riservarsi di operare nella zona di esclusiva dell'agente. Cosa che sembra essere implicitamente confermata dall'art. 1748 comma 2 c.c. nella parte in cui prevede il diritto dell'agente alle provvigioni su affari conclusi direttamente dal preponente. Ciò non comporta una violazione dell'esclusiva dell'agente, purché tale attività venga svolta in modo occasionale. In tal senso, Cass., 17.05.93, n. 5591, in *I contratti*, 1993, p. 553, dove viene affermato che il preponente che lede il diritto all'esclusiva è tenuto al risarcimento del danno; Cass., 26.01.96, n. 600, in *Mass. giur. it.*, 1996, c. 69; Cass., 8.02.77, n. 539, in *Giur. it.*, 1977, c. 1347.

che le modifiche apportate in virtù della Direttiva comunitaria siano in grado di apprestare una significativa forma di protezione all'agente.

Tra le disposizioni che sembrerebbero mirare a tutelare tale soggetto, sembrerebbero rientrare quelle relative al diritto alla provvigione, le quali gli attribuiscono il diritto non solo alle provvigioni relative agli affari conclusi per effetto del suo intervento<sup>119</sup>, ma anche quelle relative ad affari conclusi direttamente dal preponente con terzi appartenenti alla zona assegnata all'agente<sup>120</sup> oppure alla categoria o al gruppo di clienti assegnati all'agente<sup>121</sup>. Infine, se non vi sia il diritto di esclusiva, all'agente spettano anche le provvigioni relative agli affari conclusi dal preponente con clienti da lui in precedenza acquisiti<sup>122</sup>. Si tratta, in questi casi, delle c.d. provvigioni indirette che trovano la loro giustificazione nella tutela dell'agente verso intromissioni da parte del preponente e nel

---

<sup>119</sup> Sono le ipotesi in cui l'agente ricerchi i clienti e svolga la fase delle trattative.

<sup>120</sup> Per individuare a che zona appartiene un determinato cliente la Corte di giustizia, nella Sentenza 12.12.96, causa C-104/95, *Kontogeorgas c. Kartonpak AE*, in *Foro it.*, 1997, c. 115, ha affermato che l'art. 7. 2 della direttiva 86/653 deve essere interpretato nel senso che l'appartenenza a una determinata zona si individua, se il cliente è una persona giuridica, nel luogo dove questa svolge la sua attività. Nel caso in cui essa svolga la sua attività su più territori, oppure l'agente operi in più zone, si possono prendere in considerazione ulteriori criteri, quali il luogo in cui le trattative sono state effettuate o avrebbero dovuto svolgersi di regola; il luogo dove la merce è stata consegnata; il luogo in cui si trova lo stabilimento che ha effettuato l'ordine.

<sup>121</sup> Per quanto attiene al secondo comma del 1748 c.c., il legislatore del 1942 prevedeva unicamente che l'agente avesse diritto alla provvigione anche per gli affari conclusi direttamente dal preponente nel caso in cui essi dovessero avere esecuzione nella zona riservata all'agente, salvo che fosse stato diversamente pattuito. Tale disposizione, a dire il vero, aveva dato origine a differenti interpretazioni: v. Cass., 7.12.78, n. 5822, in *Giur. it.*, 1978, c. 1923; Cass., 8.02.77, n. 539, in *Foro. it.*, 1977, c. 1175. La direttiva, diversamente, prescinde dal requisito del luogo di esecuzione e richiede invece che l'affare sia concluso con terzi appartenenti alla zona. Si dice che la previsione contenuta nella direttiva e nell'attuale art. 1748 c.c. ha il pregio di chiarire meglio il collegamento che deve sussistere con la zona o con la categoria di clienti riservata all'agente. In questo senso F. BORTOLOTTI, *Le nuove norme sul contratto di agenzia introdotte dal d.lgs. 65/1999, con particolare riferimento alla disciplina delle provvigioni*, cit., p. 131. Lo stesso a. sottolinea però che anche l'attuale formulazione lascia alcuni problemi da risolvere, in particolare quando il medesimo cliente operi attraverso strutture situate in luoghi differenti. L'art. 1748 c.c. introduce poi un'ulteriore ipotesi, ovvero quella di operazioni concluse con clienti, anche non appartenenti alla zona assegnata all'agente, purché in precedenza acquisiti come clienti dall'agente per affari dello stesso tipo.

<sup>122</sup> Si ritiene che questa ipotesi si riferisca solamente all'agente che non gode di un diritto di esclusiva, diversamente non ci sarebbe bisogno di questa previsione dal momento che potrebbe vantare diritto sulle c.d. provvigioni indirette. La previsione trova la sua giustificazione nel fatto che diversamente sarebbe facile per il preponente eludere il diritto dell'agente alla remunerazione mettendosi in contatto con clienti in precedenza acquisiti dall'agente. In questo senso, F. BORTOLOTTI e G. BONDANINI, *Il contratto di agenzia commerciale*, Padova, 2003, p. 161; F. BORTOLOTTI, *Le nuove norme sul contratto di agenzia introdotte dal d.lgs. 65/1999, con particolare riferimento alla disciplina delle provvigioni*, cit., p. 127 ss.

riconoscimento di un guadagno a fronte degli sforzi da questo svolti nell'attività di promozione<sup>123</sup>. Prima di potersi sbilanciare con giudizi positivi sulle previsioni in questione appare opportuno considerare anche alcuni aspetti che sembrerebbero far sorgere qualche preoccupazione: il diritto alla provvigione sorge nel momento in cui il contratto tra terzo e preponente viene concluso e quindi, affinché l'agente possa conseguire la provvigione, viene richiesto non solo che lo stesso abbia adempiuto ai suoi obblighi di promuovere la conclusione di contratti, ma anche che il contratto venga concluso. Non solo, ma è necessario anche che il contratto abbia regolare esecuzione dal momento che l'art. 1748 comma 6 c.c., introduce una condizione risolutiva del diritto in questione, prevedendone l'estinzione se e nella misura in cui sia certo che il contratto tra il terzo ed il preponente non sarà eseguito oppure che la mancata esecuzione non sia dovuta a circostanze imputabili al preponente<sup>124</sup>. Così come delineata, la disciplina sulla provvigione sembrerebbe lasciare possibilità di abuso da parte del preponente ai danni dell'agente: basti pensare al caso in cui, dopo che l'agente abbia diligentemente adempiuto alla propria prestazione, il preponente, per disfarsi della controparte contrattuale, induca l'agente al recesso, rifiutando, la proposta del terzo per la conclusione del contratto per ragioni pretestuose<sup>125</sup>. Oppure, in relazione alle ipotesi di provvigione indiretta, il preponente potrebbe decidere di non concludere direttamente l'operazione con i clienti, proprio al fine di evitare il sorgere del diritto alla provvigione in capo all'agente. Sul punto la giurisprudenza ha dimostrato una maggiore attenzione, rispetto al legislatore, rispetto alle

---

<sup>123</sup> Fermo restando che le parti possono derogare alla previsione che prevede il diritto dell'agente alle provvigioni indirette.

<sup>124</sup> In questi casi l'agente sarebbe chiamato a restituire al preponente quanto ricevuto a titolo di provvigione. In base a queste considerazioni, si è giunti sino a sostenere che in realtà, l'agente non si obbliga solo a promuovere la conclusione di contratti, ma si deve anche adoperare sotto sanzione della risoluzione del rapporto per la completa esecuzione dei contratti, condizione *sine qua non* del suo diritto alla provvigione. In questo senso, V. CERAMI, voce *Agenzia (contratto di)*, cit., p. 878.

<sup>125</sup> Il discorso poi si potrebbe fare ancora più interessante laddove il cliente successivamente al rifiuto si rivolga ad un terzo per la conclusione del contratto e questo soggetto terzo fosse un'impresa appartenenti allo stesso gruppo del preponente: si pensi alle ipotesi in cui, a concludere il contratto con il cliente sia una società controllata e il preponente sia la *holding* o viceversa. In questi casi, non si può escludere a priori che le stesse possano accordarsi proprio al fine di evitare di dover corrispondere alcuna prestazione all'agente. Il preponente potrebbe in vari modi abusare della sua posizione, ad esempio, ricorrendo ad una simulazione o a un negozio in frode al creditore; sicché la soluzione di escludere in ogni caso il sorgere del diritto alla provvigione non pare essere condivisibile



situazioni caratterizzate per comportamenti del preponente diretti a sottrarre all'agente affari, che quest'ultimo avrebbe potuto concludere, giungendo a sostenere che anche laddove l'operazione fosse stata conclusa tra cliente e grossista, vi fosse una conclusione diretta del preponente e, pertanto, quest'ultimo dovesse corrispondere all'agente la provvigione<sup>126</sup>.

Oltre a siffatte disposizioni, sulle quali, non può che manifestarsi qualche riserva, le uniche che potrebbero essere richiamate come strumenti diretti a tutelare un imprenditore debole sono: l'art. 1749 c.c., che impone al preponente di comportarsi secondo lealtà e buona fede nei rapporti con l'agente, non aggiungendo nulla rispetto al generale obbligo di comportarsi secondo buona fede di cui all'art. 1375 c.c., e l'art. 1749 c.c. secondo il quale il preponente deve fornire all'agente la documentazione necessaria relativa a beni e servizi trattati e le informazioni necessarie all'esecuzione del contratto, dovendolo, in particolare, avvertire in un termine ragionevole appena laddove preveda che il volume delle operazioni commerciali sarà notevolmente inferiore a quello che l'agente avrebbe potuto normalmente attendersi. Informazioni queste, che sicuramente possono rivelarsi funzionali all'agente, ma solamente in quanto possono consentirgli una migliore esecuzione della sua prestazione, non fornendogli in realtà alcuna tutela, che possa definirsi tale, nei confronti di quella che è la parte forte, ovvero il preponente. Una limitata funzione di disclosure potrebbe poi essere realizzata in virtù dell'art. 1742, comma 2, c.c., il quale pur limitandosi a richiedere la forma scritta unicamente ad probationem<sup>127</sup>, attribuisce a ciascuna delle parti il diritto di pretendere dall'altra un documento dalla stessa sottoscritto che riproduca il contenuto del contratto e delle clausole aggiuntive, realizzando così un'importante funzione di informazione.

Infine, un'altra disposizione che può essere letta come di tutela dell'agente è l'art. 1570 c.c., in materia di recesso, che prevede che, nel caso di contratto a tempo indeterminato deve necessariamente essere

---

<sup>126</sup> Cass., 8.02.77, n. 539, in *Foro it.*, 1977, c. 1175. Differente soluzione doveva essere adottata, laddove le parti avessero previsto di derogare al diritto di esclusiva, venendo meno, in questo caso, il diritto alle provvigioni indirette. In tal senso, Cass., 22.08.01, n. 11197, in *Arch. civ.*, 2001, p. 1352.

<sup>127</sup> Va rimarcato che il codice del 1942 non prevedeva oneri formali, venendo la forma richiesta solamente dalla contrattazione collettiva in materia. Solamente con il d.lgs 65/99 è stato modificato l'art. 1742 c.c. e inserita la previsione sulla forma scritta.

comunicato entro un termine determinato, dovendo essere preceduto da un preavviso che è differente a seconda della durata che ha avuto il contratto.

La parte si rivela, evidentemente, funzionale al fatto che, presupponendo tale rapporto un legame di fiducia, ed essendo di frequente, ma non necessariamente, svolto in regime di esclusiva, le parti hanno la necessità di disporre di un termine minimo per poter riorganizzare la loro attività. La norma prevede, infine, che, pur potendo le parti convenire termini di preavviso maggiori, non possano accordarsi affinché il preponente osservi termini di preavviso inferiori all'agente, mostrando così chiaramente la disposizione la volontà di offrire una tutela a quella che viene individuata come la parte più debole, e nei confronti della quali si mostra maggiormente funzionale il termine di preavviso.

Di conseguenza, in un certo senso la norma prevede dei limiti alla autonomia data alle parti nello stabilire il contenuto del contratto, ed in particolare, volta a garantire, in un aspetto di non scarsa rilevanza, una sorta di equilibrio normativo tra le parti, pur potendo, come ricordato, il termine previsto per l'agente essere inferiore a quello previsto per il preponente. Nel caso di recesso l'art. 1571 c.c. precisa che il preponente debba corrispondere un'indennità all'agente laddove sussistano dei presupposti<sup>128</sup>: nel caso in cui l'agente abbia procurato al preponente nuovi clienti, oppure abbia sensibilmente sviluppato gli affari con i clienti esistenti e il preponente riceva ancora sostanziali vantaggi dai rapporti con questi clienti. L'indennità non è invece dovuta laddove il preponente abbia deciso di risolvere il contratto a causa di un inadempimento dell'agente, di gravità tale da non consentire la prosecuzione anche provvisoria del rapporto. Inoltre, non è dovuta quando sia l'agente a recedere, a meno che ciò non sia dovuto a circostanze attribuibili al preponente, oppure da circostanze che dipendano da lui stesso, quali l'età, l'infermità, la malattia,

---

<sup>128</sup> Per quanto attiene ai criteri che devono essere seguiti nella determinazione di tale indennità, si v., Cass., 3.10.06, n. 21309, in *Mass. Giur. It.*, 2006, dove si legge che "In tema di determinazione dell'indennità dovuta all'agente commerciale alla cessazione del rapporto, alla stregua della sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 23 marzo 2006, Haonyvem c. De Zotti, l'art. 1751, comma sesto, cod. civ., nel testo sostituito dall'art. 4 d.lgs. 10 settembre 1991 n. 303, si interpreta nel senso che il giudice deve sempre applicare la normativa che assicuri all'agente, alla luce delle vicende del rapporto concluso, il risultato migliore, siccome la prevista inderogabilità a svantaggio dell'agente comporta che l'importo determinato dal giudice ai sensi della normativa legale deve prevalere su quello, inferiore, spettante in applicazione di regole pattizie, individuali o collettive".

e per le quali non può più essergli ragionevolmente chiesta la prosecuzione dell'attività. Di conseguenza, da quanto detto emerge che il recesso senza preavviso, se non supportato dalla presenza di una sorta di giustificazione, quale l'inadempimento di non scarsa rilevanza, fa sorgere in capo alla parte inadempiente l'obbligo di corrispondere all'altra un'indennità sostitutiva<sup>129</sup>.

In particolare la giurisprudenza ritiene applicabile al contratto di agenzia l'art. 2119 c.c., dettato in materia di rapporto di lavoro subordinato, che consente di recedere dal contratto, se a tempo determinato, prima della scadenza del termine, se a tempo indeterminato, senza preavviso, in presenza di una giusta causa, ovvero una causa che non consenta la prosecuzione del rapporto<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Sul punto, si v., Trib. Salerno, 15.04.09, dove si legge che “Il recesso è istituito riconosciuto e disciplinato dalla legge, in particolare per i rapporti a tempo indeterminato, essendo consentito alle parti di uscire dal contratto, verosimilmente venuta meno la reciproca fiducia, sia con recesso “ad nutum” e pagamento della indennità sostitutiva del mancato preavviso, sia con recesso motivato. In entrambi i casi il recesso è valido, la disciplina del recesso per il contratto di agenzia trova fondamento normativo nell'art. 1750 c.c., e nell'Accordo Nazionale degli Agenti del 28.05.94. La previsione del recesso “ad nutum” con eventuale specificazione, non necessaria dei motivi dello stesso, rientra tra le facoltà delle parti, prevista per legge, facoltà che non può dirsi compromessa dalla necessità di ciascuna parte, nella esecuzione del contratto e dei reciproci obblighi, del rispetto delle regole della buona fede e della correttezza, essendo il recesso riferito ad un momento diverso, cioè quello della cessazione del rapporto, che può venir meno anche senza uno specifico motivo, salvo la tutela del preavviso, o della indennità sostitutiva”.

<sup>130</sup> In giurisprudenza si v., Trib. Bologna Sent., 6.02.09, dove si afferma che: “Al rapporto di agenzia si applica l'istituto del recesso per giusta causa, previsto dall'art. 2119 c.c., stante l'evidente analogia che sussiste tra la disciplina del recesso nel contratto di agenzia e quella dello scioglimento del rapporto di lavoro subordinato, fondati entrambi sull'elemento fiduciario; pertanto, il concetto di giusta causa di cui all'art. 2119 c.c. può essere utilizzato, pur nella sostanziale diversità delle rispettive prestazioni e della configurazione giuridica dei due contratti, per stabilire se lo scioglimento del contratto di agenzia sia avvenuto o non per un fatto imputabile all'agente, tale da precludere la possibilità di prosecuzione, anche temporanea, del rapporto; tuttavia, ai fini della legittimità del recesso nel rapporto di agenzia, il proponente non deve far riferimento - fin dal momento della comunicazione del recesso - a fatti specifici, essendo, al contrario, sufficiente che di essi l'agente sia a conoscenza anche aliunde o che essi siano -in caso di controversia - dedotti e correlativamente accertati dal giudice”. Inoltre di particolare interesse risulta: Cass. civ., 4.06.08, n. 14771, in *I contr.*, 2008, p. 1039 ss., dove si legge che “L'istituto del recesso per giusta causa, previsto dall'art. 2119, primo comma, cod. civ., in relazione al contratto di lavoro subordinato, è applicabile anche al contratto di agenzia, dovendosi tuttavia tener conto, per la valutazione della gravità della condotta, che in quest'ultimo ambito il rapporto di fiducia - in corrispondenza della maggiore autonomia di gestione dell'attività per luoghi, tempi, modalità e mezzi, in funzione del conseguimento delle finalità aziendali - assume maggiore intensità rispetto al rapporto di lavoro subordinato; ne consegue che, ai fini della legittimità del recesso, è sufficiente un fatto di minore consistenza”.

In dottrina sul punto si v., A. BARBA, *Inadempimento imputabile e giusta causa di recesso dal contratto di agenzia*, in *I contr.*, 2009, p. 375 ss., l'A., in particolare si sofferma sulla nozione di giusta causa. Si v. anche, E. BACCIARDI, *Il recesso impugnatorio nel contratto di agenzia e la giusta causa per relationem*, in *I contr.*, 2008, p. 977 ss., il quale sottolinea che,

In questi casi, laddove fosse l'agente a recedere, avrebbe comunque diritto all'indennità di fine rapporto, sempre che sussistano le circostanze indicate dall'art. 1751 c.c.<sup>131</sup>

---

stante il riferimento contenuto nell'art. 1751 c.c. e, più in generale nelle disposizioni riferite al contratto di agenzia, al concetto di inadempimento imputabile e non alla più ampia nozione di giusta causa, parrebbe preferibile, anche nell'applicazione della norma in questione assumere una nozione restrittiva di giusta causa.

<sup>131</sup> Sul punto si v., App. Roma, 25.07.08, dove si afferma che "In tema di contratto di agenzia, al recesso dell'agente non giustificato (come nel caso concreto) da fatto addebitabile alla società preponente, non può conseguire né il diritto al pagamento della indennità sostitutiva del preavviso, né il pagamento della indennità suppletiva di clientela prevista dall'art. 1751 c.c. Invero siffatta indennità, in particolare, è prevista per le sole ipotesi in cui il recesso dell'agente sia giustificato da circostanze attribuibili o comunque determinate dal preponente, e dunque tale da trovare ragione giustificatrice in un inadempimento del preponente medesimo di non scarsa importanza".

## CAPITOLO TERZO

### DISPOSIZIONI CHE PREVEDONO FORME DI CONTROLLO SUL CONTENUTO DEL CONTRATTO. L'ABUSO DI DIPENDENZA ECONOMICA. ORIGINE DELLA DISCIPLINA E AMBITO DI APPLICAZIONE.

**SOMMARIO:** 1. Origini della disposizione normativa. 2. Ambito di applicazione. 3. Dipendenza economica. 4. L'abuso di dipendenza economica. 5. Rifiuto di vendere o di comprare e interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. 6. Rimedi. 7. Ordinamenti stranieri.

#### 1. Origini della disposizione normativa.

Per le finalità indicate in precedenza appare opportuno soffermarsi sulle disposizioni, relative a contratti tra imprenditori, che prevedano forme di controllo sul contenuto del contratto, e, in primis, sull'art. 9 della legge n. 192/98, relativo all'“Abuso di dipendenza economica”<sup>1</sup>, disposizione con la quale, per la prima volta, il legislatore ha attribuito rilevanza allo stato di debolezza all'interno dei rapporti di impresa<sup>2</sup>.

---

<sup>1</sup> V. FRANCESCHELLI, *Subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in AA.VV., *Subfornitura*, a cura di V. Franceschelli, Milano, 1999, p. 38 ss.; A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006, p. 196 ss.; ID, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust – I parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 261 ss.; ID, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust – II parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 236 ss.

<sup>2</sup> A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, p. 1179, sottolinea che con l'introduzione di tale disposizione il legislatore ha attribuito rilevanza giuridica allo stato di debolezza contrattuale nei rapporti tra imprese. Nello stesso senso, tra gli altri, F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 641, il quale ritiene la norma suscettibile di incidere profondamente sulla disciplina del contratto in generale, dato che con essa viene per la prima volta affermato in modo esplicito che l'obiettivo squilibrio delle prestazioni contrattuali, cioè la mera ingiustizia delle ragioni di scambio è di per sé sufficiente a determinare l'invalidità del contratto; G.

Tale norma è stata inserita nell'ambito della subfornitura solo a seguito di un complesso *iter*, caratterizzato da un notevole dibattito durante i lavori preparatori<sup>3</sup>, dovuto, in gran parte, alla difficoltà di collocare una previsione che, in realtà, non è esclusivamente di matrice civilistica, rispondendo alla duplice funzione<sup>4</sup> di tutelare il contraente debole/imprenditore e, in via indiretta, il mercato, danneggiato da abusi

---

AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 254.

<sup>3</sup> In relazione al lungo *iter* che ha portato all'inserimento della disposizione nell'ambito della disciplina sulla subfornitura, si rimanda a A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, p. 175 ss.; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. 63 ss.

Si deve ricordare che la relazione di accompagnamento, richiama come antecedenti della disposizione in questione l'art. 26, comma 2, del GWB tedesco e l'art. 8, lettera b, dell'ordinanza 1 dicembre 1986 n. 1243 francese, disposizioni che rientrano tra le discipline a tutela della concorrenza, che, nello specifico, si limitano ad estendere anche alle ipotesi di "dominanza relativa" la disciplina prevista a tutela della concorrenza. In particolare, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 25, sostiene che la disposizione in questione sembra trovare un precedente nella dottrina dell'*unconscionability*, istituto del *contract law* nordamericano che consente ai giudici di intervenire nell'ambito di una relazione contrattuale modificando o rigettando un accordo per il suo essere *unfair*, o meglio, per essere *so unfair as to shock the conscience of the court*. In materia di *unconscionability*, si rimanda a M. BONINI BARALDI, *Unconscionability (diritto nordamericano)*, in *Contr. e impr. eu.*, 2003, p. 443 ss.

<sup>4</sup> Va però osservato che le modifiche del 2001 hanno alimentato ulteriori dibattiti in ordine alla finalità da attribuirsi all'art. 9: la dottrina, infatti, è divisa sul punto: sostengono si tratti di una disposizione appartenente al diritto dei contratti, tra gli altri, A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 317; G. GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, in *Giur. it.*, 1999, p. 675; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999, p. 122; A. MAZZIOTTI DI CELSO, *sub. Art. 9*, in AA.VV., *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 263.

*Contra*, A. MUSSO, *La subfornitura*, Bologna-Roma, 2003, p. 466, ritiene che l'attribuzione della competenza in materia al giudice ordinario non valga a escludere la natura concorrenziale della disposizione, dal momento che anche altre disposizioni, di sicura matrice concorrenziale, attribuiscono la competenza ai giudici ordinari: si pensi agli atti di dumping interno, di boicottaggio, ecc., che, ex art. 2598 c.c., sono conosciuti dal giudice ordinario pur avendo un'esplicita connotazione di slealtà concorrenziale.

Ritiene che, nonostante la collocazione, la disposizione rientrerebbe nella disciplina a tutela della concorrenza, tra gli altri, anche, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 68 ss., il quale fa leva sul fatto che si deve riconoscere che la disciplina *antitrust* persegue differenti finalità, non essendo corretto affermare che la disciplina della concorrenza mirerebbe solo a garantire l'efficienza allocativa e che il diritto civile invece mirerebbe a perseguire la giustizia distributiva. Inoltre, va rilevato secondo l'A. che la dipendenza economica potrebbe determinare una perdita in termini di *total welfare* simile a quella che deriva da posizioni monopolistiche. P. QUARTICELLI, *Abuso di dipendenza economica ed "estorsione" post-contrattuale*, in *I contratti*, 2007, p. 115, sostiene che con l'introduzione del comma 3 *bis* il legame tra l'abuso di dipendenza economica e la disciplina a tutela della concorrenza viene manifestato in modo inequivocabile.

di dominanza relativa<sup>5</sup>. In un primo momento, infatti, il legislatore voleva inserirla all'interno della disciplina a tutela della concorrenza e quindi nella l. 287/90<sup>6</sup>, con la conseguenza che la competenza in materia sarebbe spettata all'Autorità garante per la concorrenza (AGCM).

Fu proprio quest'ultima, chiamata a pronunciarsi sui disegni di legge, ex art. 22 della l. 287/90, dopo un iniziale atteggiamento

---

<sup>5</sup> Sottolineano la doppia natura della disposizione, V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 390, che parla di una norma sospesa tra diritto antitrust e diritto civile; A. GEMMA, *Abuse of Economics depends between Competition and Contract law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 370; B. TASSONE, *Non solo moda (ma anche rewriting contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 770. In particolare, R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 733; G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, cit., p. 281, nel senso che la norma ponga tra le sue finalità sia l'efficienza del mercato che la tutela del contraente debole, finalità che non sarebbero in contrapposizione tra loro, ma complementari, laddove la sopravvivenza del debole risulti comunque funzionale anche al mercato. Non pare condivisibile sostenere che la disposizione in questione potrebbe sembrare in contrasto con la disciplina antitrust, normativa che viene ritenuta estranea alle problematiche relative ai rapporti tra contraenti. F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola negoziale?*, cit., p. 678, ritiene che la disciplina antitrust e quella della dipendenza economica non fanno parte di due mondi separati, ma efficienza allocativa e giustizia distributiva operano su piani normativi comunicanti. Nella stessa direzione, G. VETTORI, *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, in *Obbl. e contratti*, 2005, p. 13; D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di potere delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 293; A. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2006, p. 802. Tali considerazioni partono dal presupposto che il diritto dei contratti e il diritto antitrust, seppur autonomi, sono strettamente legati tra loro, condividendo gli obiettivi dell'efficienza e della repressione degli abusi.

*Contra*, G. TUCCI E C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, cit., p. 112, negano che si possa operare un coordinamento tra la disciplina della dipendenza economica e quella prevista dalla legge antitrust dal momento che la tutela prevista da quest'ultima non sarebbe diretta alla tutela di un imprenditore debole.

<sup>6</sup> In realtà il primo intendimento del legislatore era quello di estendere semplicemente l'ambito di applicazione dell'abuso di posizione dominante alle ipotesi di "dominanza relativa": infatti il primo disegno di legge, riconducibile alla XXII legislatura, che aveva riunito il d.l. 932 e il d.l. 1143, non parlava di dipendenza economica, ma si limitava a prevedere l'estensione dell'ambito di applicazione dell'abuso di posizione dominante in relazione ad alcuni comportamenti dei committenti che potevano pregiudicare i subfornitori. In relazione a questo primo disegno di legge, l'Autorità garante della concorrenza affermò che era preferibile creare una nuova fattispecie distinta da quella della posizione dominante. Il successivo disegno di legge, frutto della successiva legislazione, XXIII, introdusse la figura dell'abuso di dipendenza economica, fermo restando l'intento di collocare la disposizione nell'ambito della disciplina della concorrenza. Si voleva infatti inserire l'art. 3 bis "Abuso di dipendenza economica" nella l. n. 287/90. Il riferimento è al d.l. n. 644 ad iniziativa dei senatori Tapparo ed altri. Nello stesso senso il d.l. n. 637 ad iniziativa dei senatori Wilde ed altri, successivamente riunito al precedente nel d.l. 637 – A proposto dalla 10<sup>a</sup> Commissione permanente del Senato (Industria, commercio, turismo). Anche in questo modo, a ben vedere, ci si sarebbe limitati a estendere l'ambito di applicazione dell'art. 3 della legge *antitrust* ai casi di dominanza relativa.

favorevole, a dichiararsi contraria a questa soluzione<sup>7</sup>, in virtù del fatto che la disciplina antitrust mira alla tutela del mercato, mentre la disposizione sulla dipendenza economica appartiene al diritto dei contratti e la sua applicazione dovrebbe prescindere dagli eventuali effetti pregiudizievoli alla concorrenza<sup>8</sup>.

Anche alla luce di tali osservazioni, il legislatore decise, infine, di collocare la norma nell'ambito della subfornitura<sup>9</sup>. Tale scelta, però, a

---

<sup>7</sup> I primi a esprimersi in senso negativo furono il parere reso in data 20 giugno 1995, in *Bollettino* n. 23/95, in relazione al d.l. risultante dai testi unificati del d.l. 932 e 1143, con i quali vennero manifestate perplessità in ordine all'estensione dell'art. 3 della l. n. 287/90 ai casi di dominanza relativa. In particolare l'AGCM sottolineava l'opportunità di introdurre una disciplina differente da quella dell'abuso di posizione dominante e avente caratteri diversi. Successivamente con il parere del 11 febbraio 1998, in *Bollettino* n. 5/98, sul disegno di legge 637 A, l'AGCM argomenta che le norme antitrust sono disposizioni generali dirette a tutelare il processo concorrenziale in relazione all'assetto del mercato. Diversamente la disposizione sull'abuso di dipendenza economica rappresenterebbe una disposizione specifica inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali tra le parti, con finalità che possono prescindere dall'impatto di tali rapporti sul meccanismo dei rapporti concorrenziali. Inoltre, viene segnalato che i giudici ordinari e gli arbitrati appaiono adeguati a garantire un'efficace tutela del corretto equilibrio dei rapporti contrattuali tra le parti per quanto attiene ai rapporti di esclusiva rilevanza civilistica. Tali pareri sono stati resi ai sensi dell'art. 22 della l. 287/90 che consente all'AGM di esprimere pareri sulle iniziative legislative concernenti la concorrenza e il mercato. Sottolinea una certa contraddittorietà tra i due pareri, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 6, laddove sottolinea che, mentre nel primo parere l'AGCM suggerisce al legislatore di uniformarsi all'esperienza degli altri paesi, che inseriscono la disposizione nell'ambito della tutela della concorrenza, nel secondo parere, suggerisce al legislatore la collocazione dell'abuso di dipendenza economica nell'ambito del diritto delle obbligazioni e dei contratti.

<sup>8</sup> In realtà, uno dei problemi maggiori è rappresentato dal comprendere se la disciplina antitrust miri anche alla protezione sociale o alla giustizia distributiva. In particolare sul punto si v., A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, p. 297; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999, p. 301 ss.; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 7, dove l'A. si interroga se la disciplina antitrust abbia anche la funzione di protezione sociale e di giustizia distributiva; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 66 ss.; B. GRAZZINI, *sub. art. 9 Abuso di dipendenza economica*, in C. BERTI E B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005, p. 176; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola negoziale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 674, afferma che la regolamentazione della concorrenza sarebbe sorta con lo scopo di tutelare la libertà di contratto. Pertanto, sarebbe preferibile riconoscere che la legge n. 287/90 non tutela solo il mercato ma anche il concorrente. Questa conclusione trova conferma anche dal fatto che vengono previste due forme di tutela: la prima amministrativa realizzata tramite la vigilanza dell'AGCM, finalizzata alla tutela del mercato, la seconda deputata all'autorità giudiziaria ordinaria per la tutela dei diritti soggettivi dei privati azionabili a seguito di interventi a violazione della concorrenza. In particolare, l'art. 33 prevede che il giudice ordinario possa pronunciarsi sia in ordine alla nullità che al risarcimento del danno.

<sup>9</sup> A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1181, rimarca che in questo modo si è determinato un allontanamento della disposizione dalle corrispondenti previsioni contenute nell'ordinamento francese e tedesco. Tra le ragioni che portarono a questa



causa dell'impossibilità di un'attuazione d'ufficio, determinò una scarsa utilizzazione della stessa<sup>10</sup>, per porre rimedio alla quale con la l. n. 57/2001 venne inserito il comma 3-bis all'art. 9 della l. 192/1998, che attribuisce, fermo restando l'eventuale applicazione dell'art. 3 della l. 287/90, all'AGCM la competenza a procedere a diffide e sanzioni laddove, di propria iniziativa, o su iniziativa di terzi, ravvisi che un abuso di dipendenza economica abbia rilevanza per la tutela della concorrenza e del mercato, nei confronti delle imprese che abbiano posto in essere tale abuso<sup>11</sup>.

---

inversione, sicuramente, rientra anche il fatto che l'attribuire alla AGCM ulteriori competenze avrebbe richiesto un notevole aumento dell'organico dello stesso, e questo avrebbe potuto avere gravi ripercussioni sul bilancio dello Stato. Richiama questa ulteriore ragione, A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 468.

<sup>10</sup> In tal senso, la Commissione Industria, commercio e turismo del Senato, che, chiamata a verificare lo stato di attuazione e di efficacia della legge n. 192/98 a circa un anno e mezzo dalla sua emanazione, rilevava come i maggiori problemi attuativi ed interpretativi riguardassero proprio gli artt. 1 e 9; sottolineando, in particolare, come quest'ultima disposizione richiedesse, per la sua efficienza, la possibilità di un'attuazione di ufficio, da parte di un organo terzo rispetto ai rapporti di forza delle parti, proprio per la peculiare debolezza di una di queste.

Da questo punto di vista, sarebbe stato preferibile, anche alla luce di quanto avviene in altri ordinamenti stranieri, collocarla all'interno della disciplina *antitrust*, consentendo così una vigilanza d'ufficio da parte dell'AGCM. Manifesta tale preoccupazione B. GRAZZINI, *sub. art. 9 Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 176.

<sup>11</sup> L'AGCM tramite il suo Presidente in un'audizione aveva espresso parere negativo in ordine a questo emendamento, ritenendolo comunque inidoneo a garantire una maggiore applicazione della disposizione. Partendo dalla constatazione che nei paesi che attribuiscono la competenza in materia all'autorità antitrust il numero di decisioni in materia è comunque molto modesto, si conclude che l'inapplicabilità della disposizione prescinde dall'organo al quale venga attribuita la competenza. Il principale motivo per il quale in Francia e Germania, seppur comunque in modo modesto, la disciplina ha trovato maggiore applicazione viene individuato nel fatto che in quei paesi la valutazione della dipendenza economica è stata ancorata a criteri economici di mercato. In ogni caso, il Presidente dell'AGCM rimarca che non si deve valutare negativamente la scarsa applicazione della disposizione dal momento che un intervento troppo incisivo sull'autonomia dei contraenti potrebbe determinare un "corto circuito" nell'economia di mercato e, in particolare, indurre i produttori all'abbandono del decentramento produttivo. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 14, sostiene che della sostanziale inutilità della norma sembra convinta anche la 10<sup>a</sup> Commissione che dopo la conclusione della verifica dell'efficacia della disposizione ha approvato una risoluzione in cui ha impegnato il governo a realizzare un costante monitoraggio dell'attuazione della l. n. 192/98. Nonostante l'intervento del legislatore, va rilevato che ad oggi non risulta che l'AGCM si sia mai pronunciata in materia. Potrebbero esserci diverse ragioni, come sottolineato da G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, cit., p. 260 ss., in primo luogo dalla resistenza da parte delle imprese in posizione di dipendenza che potrebbero preferire sopportare l'abuso piuttosto che perdere la controparte contrattuale; ma ciò potrebbe essere anche dovuto dal fatto che la norma ha raggiunto lo scopo di scoraggiare le imprese in posizione di dominio relativo dall'abusarne, oppure dal fatto che l'art. 10 della legge sulla subfornitura impone il tentativo obbligatorio di conciliazione prima di poter adire all'autorità giudiziaria.

## 2. Ambito di applicazione.

Il lungo iter legislativo non ha comunque contribuito alla predisposizione di una disposizione di facile interpretazione<sup>12</sup>: molte, infatti, sono le questioni che rimangono irrisolte, tra le quali, in particolare, l'ambito di applicazione dell'art. 9. La prima pronuncia in materia, avvenuta a quattro anni dall'entrata in vigore della legge 192/98, aveva, condivisibilmente, riconosciuto alla stessa una portata ben più ampia rispetto ai rapporti di subfornitura (c.d. tesi estensiva)<sup>13</sup>;

---

<sup>12</sup> Molte sono le questioni che, anche a seguito dell'intervento del legislatore del 2001, rimangono irrisolte: si pensi al significato da attribuire ad alcuni concetti che non vengono definiti dal legislatore, primo fra tutti quello di dipendenza economica o di abuso di dipendenza economica. Una riflessione deve essere fatta anche in relazione all'opportunità della previsione che determina la nullità del patto che realizza l'abuso. Un ulteriore problema potrebbe essere quello di comprendere il significato da attribuire al termine impresa: se l'accezione ristretta propria dell'art. 2082 c.c., oppure quella allargata adottata dalla legislazione antitrust. Secondo la concezione "allargata" si dice che si potrebbe intendere per imprenditore chiunque svolga un'attività di cessione di beni e servizi sul mercato.

<sup>13</sup> La prima pronuncia in materia è stata quella del Tribunale di Bari, 6.05.02, in *Foro it.*, 2002, I, c. 2178, con la quale il giudice, accogliendo un ricorso ex 700 c.p.c., aveva ammesso l'applicabilità della disposizione anche al di fuori dei rapporti di subfornitura. Poi annullata da Trib. Bari 2.07.02, in *Foro it.*, 2002, I, 3208. Per una panoramica in ordine alle pronunce giurisprudenziali in materia si rimanda a G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tutela della parte debole e regolazione del mercato*, cit., p. 253 ss.

Seguono la concezione "estensiva", ormai reputata maggioritaria, dopo un iniziale atteggiamento restrittivo: in giurisprudenza, si v. Trib. Parma, ord. 15.10.08, dove viene affermato che "Il divieto di abuso di dipendenza economica (sancito all'art. 9 della L. 192/1998) costituisce espressione del principio di buona fede che impone di non trarre vantaggi eccessivi da una situazione di debolezza in cui versi la controparte: tale norma, ponendo un incisivo limite al principio di autonomia contrattuale, non può essere circoscritta nei rapporti di subfornitura". Tribunale di Trieste, ord. 21.9.06, in *La nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2007, p. 899; Tribunale di Bari, 6.5.02, cit., c. 2178; Trib. Catania, 5.1.04, in *La nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2005, p. 976 ss, dove si legge che "L'istituto dell'abuso di dipendenza economica, introdotto dall'art. 9, l. 18 giugno 1998, n. 192, come modificato dall'art. 11, l. n. 57 del 2001, pur se costituisce parte integrante della legge in materia di subfornitura, deve considerarsi, per sua natura, di applicazione generalizzata a tutti i rapporti contrattuali tra imprese aventi natura commerciale, sì da non porsi un problema di applicazione analogica o estensiva dello stesso; Trib. Taranto, 17.09.03, in *Foro it.* 2003, p. 3441; Trib. Roma 5.11.03 in *Foro it.*, 2003, p. 3440, relativamente a un caso di concessione di vendita; Trib. Bari 22.10.04, in *Danno e resp.*, 2005, p. 750, in materia di *franchising*; Trib. Isernia, 12.4.06, in *Giur. merito*, 2006, p. 2149, dove viene affermato che: "la ratio della norma è applicabile sia alla subfornitura sia ai contratti di distribuzione essendo comune alle due fattispecie l'esigenza di impedire l'abuso della posizione di dipendenza economica, ovvero di debolezza nella quale un imprenditore si trovi nei confronti di un altro quando abbia fatto affidamento sulla trasmissione di un *know - how* specialistico, quando abbia dedicato la propria attività imprenditoriale ad un unico produttore o distributore, quando la durata prolungata nel tempo del contratto abbia fatto aumentare l'entità degli investimenti necessari a partecipare alla rete e quando sia nell'impossibilità di procurarsi alternative

soluzione che, peraltro, parrebbe venir confermata anche dal tenore letterale della disposizione, che, a differenza delle altre contenute nella l. n. 192/98, omette qualsiasi riferimento al committente e al subfornitore e si limita a far riferimento all’“impresa cliente”, all’“impresa fornitrice” e alle “relazioni commerciali”<sup>14</sup>.

---

commerciali, ovvero di trattare il prezzo dei prodotti distribuiti o forniti su un piano di relativa parità.”; Trib. di Torre Annunziata, 30.3.07, in *Giur. merito*, 2007, p. 341 ss. In dottrina, R. PAROLESI E R. CASO, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 725, secondo i quali la disposizione rappresenterebbe una nuova clausola generale del diritto dei contratti. A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1182; A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *I contratti*, 1999, p. 196 ss.; F. PADOVINI, *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Studium iuris*, 1999, p. 5; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 641; F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 143 ss.; G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 121 ss., in particolare a p. 128 dice che in alcune parti la disposizione si rivela inapplicabile alla subfornitura in quanto vi sarebbero già altre disposizione volte a sanzionare detti comportamenti: si pensi, in particolare all’art. 6 della l. 192/98; A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 115; A. CERIDONO, *sub art. 9*, in AA.VV., *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, p. 429; T. LONGU, *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 345; A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 178 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, vol. 3*, Milano, 2000, p. 396, secondo il quale tale disposizione pone un limite di fondo all’autonomia privata e segna un ulteriore, importante ingresso del principio di buona fede nelle relazioni tra imprese; P. FRANZINA, *Considerazioni sulla legge applicabile all’abuso di dipendenza economica*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 230; S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 220; D. CONSERVA, *La subfornitura*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. IV, Padova, 2003, p. 390; F.L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfotnitura cinque anni dopo*, in *Contr. e impr. eur.*, 2003, p. 528; G. COLANGELO, *L’abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 75 ss.; T. CAPURRO, *Abuso di dipendenza economica e rifiuto di contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2004, p. 987; L. DELLI PRICOLLI, *Franchising e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. di merito*, 2006, p. 2158; A. DI MARZIO, *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, cit., p. 796; B. TASSONE, *Non solo moda (ma anche rewriting contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, cit., p. 770, richiama la natura dell’istituto nettamente calato all’interno della disciplina generale del contratto, F. LAZZARELLI, *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 109. P. FABBIO, *Osservazioni sull’ambito di applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*, in *La nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2007, p. 902 ss; A. BOSO CARETTA, *Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. di merito*, 2007, p. 351; P. QUARTICELLI, *Abuso di dipendenza economica ed “estorsione” post-contrattuale*, cit., p. 115 ss.

<sup>14</sup> Richiamano l’argomento letterale: Trib. Catania, 5.1.04, cit., p. 982, che afferma che il testo della disposizione in questione manifesta una singolare differenziazione semantica rispetto a tutta l’impostazione della legge; Trib. Bari 6.05.02, cit., p. 765. In senso contrario, Trib. Taranto, 22.12.03, in *Foro it.*, 2004, c. 275, secondo il quale appare arduo ipotizzare che l’aspirazione omnicomprensiva possa trovare fondamento in rilievi di carattere meramente letterale, tenuto anche conto della carenza di rigore che ormai frequentemente caratterizza i testi normativi. Inoltre viene sottolineato che l’utilizzo di termini generali potrebbe essere dovuto alla trasposizione della corrispondente disposizione francese. In questo senso, A.

Circostanza questa che non pare essere dovuta ad una semplice casualità, in quanto nei disegni di legge veniva utilizzato il termine “committente”, sostituito solo in un secondo momento dal legislatore, proprio al fine di consentire un campo di applicazione maggiore alla disposizione<sup>15</sup>.

Alla tesi estensiva, ben presto, si venne a contrapporre un’impostazione restrittiva<sup>16</sup>, secondo la quale l’art. 9, in quanto inserito nell’ambito di una legge speciale, sarebbe destinato a regolare uno specifico e ben delineato settore<sup>17</sup>, mirando a predisporre strumenti peculiari destinati a rispondere alle esigenze di un soggetto che si viene

---

MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 485; A.P. SCARSO, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust* – I parte, cit., p. 267.

<sup>15</sup> Inoltre, i comportamenti indicati dal comma 2 come ipotesi di abuso non sono riconducibili solamente alla subfornitura, ma possono configurarsi non solo in altre fattispecie, ma anche al di fuori di rapporti contrattuali.

<sup>16</sup> In questo senso in dottrina, R. RINALDI e F. TURRITO, *L’abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192/98*, a cura di P. Sposato e M. Coccia, Torino, 1999, p. 124; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 483; U. PERFETTI, *L’ingiustizia del contratto, “debolezza” relativa all’impresa subfornitrice*, in *I contratti*, 2005, p. 900; ID., *L’abuso di dipendenza economica nel sistema italiano e francese*, in *I contratti*, 2006, p. 931 ss.; S. PAGLIANTINI, *Abuso di dipendenza economica*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di Vettori, cit., p. 465; G. TUCCI e C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 11; A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, cit., p. 207 ss. In giurisprudenza, Tribunale di Bari, 2.7.02, in *Foro it.*, 2002, I, p. 3208, dove viene affermato che “Posto che il divieto dell’abuso di dipendenza economica si applica soltanto ai contratti di subfornitura e che lo stesso, derogando al principio di libertà contrattuale, conferisce al giudice poteri di natura eccezionale, va revocato il provvedimento con cui era stato costituito in via cautelare un rapporto obbligatorio tra un rivenditore al dettaglio ed un produttore di capi di abbigliamento, il quale non aveva accettato la proposta contrattuale proveniente dal primo (nella specie, l’ordinanza revocata, sul presupposto che il rifiuto di vendere i capi di vestiario commissionati integrasse gli estremi dell’abuso di dipendenza economica, aveva ordinato al fornitore di consegnare immediatamente la merce richiesta, alle condizioni previste nel modulo, predisposto dal fornitore stesso e sottoscritto dal cliente, contenente la proposta di acquisto).”; Trib. Roma 20.05.02, in *Foro it.*, 2002, p. 3207; Trib. Roma 16.08.02, in *Foro it.*, 2002, p. 3207; Trib. Roma 13.09.02, in *Foro it.*, 2002, p. 3207; Trib. Taranto, 22.12.03, cit., c. 262, che ha negato l’applicabilità della disposizione nel caso di un contratto di franchising; Trib. Torino 19.11.99, in *Foro it.*, 2000, p. 624; Trib. Torino, 18.3.03, in *Gius.*, 2003, p. 1502.

<sup>17</sup> Tale conclusione viene ritenuta conforme all’intento del legislatore, il quale, collocando la disposizione nell’ambito della subfornitura e non all’interno di una disciplina di portata generale quale la legge antitrust, avrebbe chiaramente manifestato l’intendimento. Lo stesso relatore al disegno di legge, il senatore Micele, aveva sottolineato che la sua definitiva collocazione avrebbe impedito di considerare l’abuso di dipendenza economica alla stregua di un istituto generale. In questo senso, A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 485, dove sottolinea che anche ai sensi degli obiettivi criteri ermeneutici ex art. 12 disp. prel. cod. civ. risulterebbe trovare fondamento la tesi in base alla quale, essendo la disposizione collocata nell’ambito di una disciplina dettata specificatamente per la subfornitura, la disposizione in questione dovrebbe trovare applicazione solo limitatamente a tali rapporti.

a trovare in particolari condizioni di debolezza. A giudizio di tale concezione l'estensione dell'art. 9 porterebbe alla creazione di un'indifferenziata e generica rete protettiva a beneficio di qualsiasi imprenditore, introducendo, così, una disciplina irragionevolmente più favorevole per le imprese contrattualmente più deboli rispetto a quella prevista a tutela dei consumatori<sup>18</sup>. In ultimo, i sostenitori della tesi restrittiva sottolineano che l'art. 9, attribuendo al giudice il potere di sindacare e riequilibrare il regolamento contrattuale predisposto dalle parti, introdurrebbe pregnanti limitazioni all'autonomia contrattuale, configurandosi, di conseguenza, come una norma eccezionale non applicabile analogicamente<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> In tal senso, R. RINALDI e F. TURRITO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 126; G. TUCCI e C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, cit., 2006, p. 112, che arrivato a tale conclusione alla luce della considerazione che contratti dei consumatori la clausola che determini un significativo squilibrio non può essere considerata vessatoria se oggetto di negoziazione. *Contra*, G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, cit., p. 268, ritiene che in ogni caso tale asimmetria di tutela rispetto al consumatore non rappresenterebbe uno scandalo dal momento che nella maggior parte dei casi i contratti stipulati dai consumatori rappresentano "micro contrattazioni", le quali, anche se eccessivamente squilibrate, difficilmente potrebbero portare il consumatore ad un tracollo finanziario, per converso la contrattazione tra imprese dovrebbe implicare, verosimilmente, una maggiore rilevanza in termini economici per la vita delle stesse, viste le ricadute che una operazione economica squilibrata potrebbe avere non solo sull'impresa, ma anche su tutte le realtà economiche che intorno ad essa si trovano a gravitare.

<sup>19</sup> In questo senso, in particolare, Trib. Bari del 2.07.02, cit., c. 3208, e quello di Taranto del 22.12.03, cit., c. 275, i quali sottolineano la necessità di circoscrivere l'ambito di applicazione una norma che, derogando al principio della libertà contrattuale, conferisce al giudice poteri di natura eccezionale qual è quello di riequilibrare l'assetto del contratto e può spingersi fino all'estremo di costituire veri e propri rapporti giuridici fra le parti, determinando in questo modo conseguenze che, ove se ne ritenesse l'applicazione al di fuori della ristretta cerchia della subfornitura si rivelerebbero assolutamente dirompenti dei principi di comune applicazione in materia contrattuale. In dottrina, C. NATALI, *Abuso di dipendenza economica e "debolezza" relativa all'impresa subfornitrice*, cit., p. 900, ritiene il tentativo di generalizzazione del divieto di detto abuso pericoloso, dal momento che verrebbe in questo modo concesso un ampio sindacato giurisdizionale sul merito della fattispecie e sul contenuto contrattuale, andando così a ledere l'autonomia privata. Sul rapporto tra abuso di dipendenza economico e autonomia privata, si rimanda a A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, cit., p. 214 ss., il quale ritiene contrario ai principi di ermeneutica giuridica il considerare che una norma inserita in una legge di settore possa avere un effetto così dirompente da stravolgere tutti i principi in materia contrattuale, introducendo un potere così penetrante in capo al giudice. ID, *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust* – I parte, cit., p. 270, afferma che l'argomento più rilevante per escludere l'estensione dell'ambito di applicazione dell'art. 9 ad ogni contratto stipulato tra imprenditori è dato dall'incompatibilità del controllo giudiziale del regolamento contrattuale con il principio di autonomia negoziale. La natura eccezionale della disposizione ne impedirebbe, pertanto, l'applicazione analogica.

In realtà, tali argomentazioni non sembrerebbero condivisibili: in primo luogo, la collocazione meramente formale della disposizione nell'ambito della l. n. 192/98 non è di per sé ostativa alla possibilità di estenderne l'ambito di applicazione. Al contrario, l'iniziale intenzione di inserire la stessa all'interno della legge antitrust e la successiva introduzione dell'art 3 bis, potrebbero manifestare la volontà del legislatore di attribuire portata generale alla norma<sup>20</sup>.

Non parrebbe, poi, che la norma sia finalizzata a rispondere a esigenze peculiari relative ai rapporti di subfornitura, dal momento che, seppure sicuramente tali rapporti rappresentino il terreno ideale in cui si possono realizzare fenomeni di dipendenza economica, situazioni analoghe si possono verificare anche in differenti rapporti contrattuali, come nel franchising o, più in generale, nei contratti di distribuzione, che presentano, in termini differenti, le medesime ragioni che comportano la debolezza del subfornitore. Inoltre, non sembrerebbe determinate neppure l'osservazione secondo la quale la tesi estensiva porterebbe ad una tutela indiscriminata a favore degli imprenditori, permanendo l'asimmetria di tutela anche limitandone l'operare alla sola subfornitura<sup>21</sup>.

---

<sup>20</sup> La scelta finale del legislatore di collocare la disposizione nell'ambito della subfornitura potrebbe essere stata unicamente governata dall'opportunità di inserire la stessa in un contesto che le era più congeniale. In particolare sul punto Trib. di Torre Annunziata, 30.3.07, cit., p. 345; A. CERIDONO, *sub art. 9*, cit., p. 430. A sostegno di tale concezione si dirige anche il parere del 10 febbraio 1998 dato dall'AGCM laddove veniva ricordato che la disposizione in questione costituisce una regola inerente alla disciplina dei rapporti contrattuali. La volontà del legislatore di attribuire alla dipendenza economica portata generale viene confermata dal richiamo effettuato nei lavori preparatori alla legge tedesca e francese in materia, le quali estendono l'ambito di applicazione della previsione al di fuori dei rapporti di subfornitura. In questo senso, A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, cit., p. 204, afferma che in tutti gli altri ordinamenti l'ambito di applicazione della fattispecie non si riduce ai rapporti di subfornitura.

<sup>21</sup> In questo senso, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 135. L'asimmetria sarebbe dovuta al fatto che la disposizione sulla dipendenza economica trova applicazione anche nel caso in cui il regolamento contrattuale sia stato oggetto di trattative tra le parti e che il sindacato non si limiterebbe al solo squilibrio normativo, ma si estenderebbe anche a quello economico.

Soluzione questa che non solo determinerebbe conseguenze molto dannose<sup>22</sup>, ma anche una discriminazione di tutela verso una sola forma di dipendenza economica, senza una specifica ragione<sup>23</sup>.

Infine, la norma non potrebbe essere considerata eccezionale, per il fatto che, consentendo al giudice un sindacato sul regolamento contrattuale, limiterebbe l'autonomia privata; al contrario, l'art. 9 mira proprio a garantire che il contratto risulti veramente espressione di volontà liberamente formate, ponendosi sulla scia di altri rilevanti interventi: la legge antiusura, la disciplina a tutela del consumatore, la disciplina sui ritardi nei pagamenti, i principi Unidroit, l'art. 1384 c.c.<sup>24</sup> Si deve riconoscere che, in realtà, la disposizione risponde a esigenze generali e risulta espressione di principi costituzionali quali la solidarietà e l'uguaglianza, nonché dei principi che informano il diritto comunitario<sup>25</sup>.

In conclusione, parrebbe preferibile ritenere che l'ambito di applicazione dell'art. 9 sia ben più vasto di quello della subfornitura<sup>26</sup> -

---

<sup>22</sup> In questo senso G. AGRIFOGLIO, *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali: tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, cit., p. 269.

<sup>23</sup> Sottolineano che applicare tale disposizione solo alla subfornitura e non ad altri imprenditori in condizione di dipendenza sarebbe irragionevole e quindi a rischio di costituzionalità, tra gli altri, F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola negoziale?*, cit., p. 683; A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, cit., p. 205.

<sup>24</sup> Discipline, queste, funzionali a porre rimedio alla situazione di abuso della posizione di forza attuata da una parte ai danni dell'altra.

<sup>25</sup> In particolare, F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 642, sottolinea che i principi comunitari debbono necessariamente guidare l'interprete nell'individuare l'esatto ambito di applicazione della disposizione nella quale tali principi trovano espressione concreta, pertanto, tale disposizione, concorrendo a definire la natura e la portata dei principi che le caratterizzano non potranno essere ritenute eccezionali rispetto al sistema.

<sup>26</sup> F. CAMILLETTI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p. 128, nel senso che con l'art. 9 della l. 192/98 verrebbe, pertanto, introdotto un ulteriore meccanismo di riequilibrio del regolamento contrattuale.

In questa direzione, ma per altra strada, si è sostenuto che, anche a voler accogliere le argomentazioni proprie della tesi restrittiva, si potrebbe giungere al risultato di estendere l'ambito di applicazione dell'art. 9, ampliando la nozione stessa di subfornitura. In questo senso A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: battuta d'arresto o pausa di riflessione?*, in *Danno e responsabilità*, 2004, p. 430. In questo modo, potrebbero essere qualificati come rapporti di subfornitura anche differenti fattispecie di contratti di distribuzione, con la conseguenza che a questi ultimi, accanto all'art. 9 si applicherebbero tutti gli strumenti previsti per la subfornitura. Si deve prendere atto che, come sottolineato in precedenza, sia in dottrina che in giurisprudenza risulta essere piuttosto controverso lo stesso ambito di applicazione della legge 192/98, dal momento che ci si interroga se nella definizione fornita dall'art. 1 rientrino tutte le ipotesi di subfornitura. La dottrina e giurisprudenza

contratti di franchising<sup>27</sup>, factoring, leasing o engineering, concessione di vendita, o altri contratti atipici conclusi tra imprenditori come i contratti di collaborazione, nella prassi sicuramente molto frequenti, oppure i contratti misti<sup>28</sup>.

Non vi sono ragioni neppure per escluderne l'operare anche in relazione ai rapporti tra imprese in rapporto di controllo o collegamento societario<sup>29</sup>, almeno in relazione alle ipotesi di controllo esterno: la presenza di strumenti di tutela ad hoc dettata per regolamentare tale situazioni, infatti, non sembrerebbe di per sé ostativa, tenuto anche conto del fatto che le due discipline mirano a realizzare differenti interessi. Anzi, la situazione di controllo potrebbe di frequente essere una delle circostanze determinanti dell'esistenza di una dipendenza

---

prevalenti ritengono che la l. 192/98 sia riconducibile soltanto alla subfornitura congiunturale, ovvero a quella tipica del decentramento organizzativo della produzione caratterizzata per il fatto che il subfornitore si trova in una situazione di dipendenza tecnologica; diversamente non si applicherebbe alla subfornitura strutturale, in cui il committente si avvale della tecnologia del subfornitore. In quest'ultimo caso, infatti, il subfornitore godrebbe di autonomia e non potrebbe essere definito un imprenditore debole. Pertanto, la dipendenza tecnologica diventerebbe un presupposto indispensabile per l'applicazione della disciplina in questione. Nel senso di ritenere applicabile la disciplina alla sola subfornitura strutturale, A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 111. In merito si veda A. PALMIERI, *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l'applicazione degli strumenti di protezione previsti dalla legge sulla subfornitura*, in *Foro it.*, 2000, p. 626 ss. In giurisprudenza, si v. Tribunale di Taranto, ordinanza 13.10.99, in *Foro it.*, 2000, p. 624; Tribunale di Taranto, ordinanza 28.9.99, in *Foro it.*, 2000, p. 624.

<sup>27</sup> In particolare, A. DI BIASE, *La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 832, sottolinea che sono molti gli elementi di identità tra subfornitura e franchising tanto che sembrerebbe possibile l'applicazione analogica anche di altre disposizioni contenute nella norma, come quello che prevede la nullità di determinate clausole.

<sup>28</sup> Si pensi ad esempio al caso di impresa titolare di un determinato marchio e di un brevetto per la produzione di un determinato prodotto che, al fine di ridurre i costi di produzione, affidi integralmente la produzione di un determinato prodotto ad un'altra impresa, tale ipotesi non potrebbe ricadere nell'ambito della subfornitura, in quanto in questo caso non verrebbe "delegata" una sola fase del processo produttivo, ma l'intero processo produttivo, e, pertanto, un'interpretazione restrittiva della disposizione porterebbe ad escludere la possibilità di applicare anche a queste ipotesi la disposizione relativa alla dipendenza economica.

<sup>29</sup> In particolare, in materia, P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006, p. 519 ss., il quale esclude la possibilità di sovrapposizione tra abuso di dipendenza economica e il controllo interno di cui all'art. 2359 c.c. n. 1 e 2, alla luce dei riferimenti presenti nella disciplina di cui all'art. 9 della l. 192/98 alla mancanza di alternative praticabili sul mercato e alle imprese "clienti" e "fornitrici". Circostanze che portano l'A. a sostenere che la dipendenza si fonda su rapporti esterni, seppur non si possa escludere che tra soggetti legati da tali rapporti possano essere caratterizzati da situazioni di dipendenza economica.

Il problema si viene a porre relativamente alle ipotesi di controllo esterno di cui all'art. 2359 n. 3 c.c. Sul punto, A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 544 ss.; P. FABBIO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 525, ritengono che le ipotesi di controllo di questo tipo configurino sempre ipotesi di dipendenza economica.



economica. Non solo, l'art. 9 potrebbe essere invocato a favore dell'”imprenditore debole” anche nei c.d. rapporti di joint venture<sup>30</sup>: si pensi al caso in cui più imprese costituiscano un contratto di questo tipo al fine di affidare a ciascuna una determinata fase di produzione di un prodotto<sup>31</sup>. Diversamente, l'art. 9 non potrebbe trovare applicazione in relazione a quei contratti, come ad esempio quelli bancari, le transazioni, i contratti di fideiussione o di garanzia, che, seppur stipulati tra imprese, non rientrano nella dinamica dei rapporti commerciali, non potendosi in tali casi parlare di imprese clienti e imprese fornitrici<sup>32</sup>.

### 3. Dipendenza economica.

Come accennato in precedenza, presupposto per l'applicabilità della disposizione è, in primo luogo, la dipendenza economica<sup>33</sup> - situazione di per sé lecita, in quanto fisiologica nei rapporti tra imprese - che, ai sensi dell'art. 9, si realizza quando un'impresa sia in grado di

---

<sup>30</sup> A. ASTOLFI, *Il contratto di joint venture*, Milano, 1981, *passim*; D. BONVICINI, *Tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, 1977, *passim*; M. MAZZONE, *Le associazioni temporanee di imprese*, Roma, 1985, *passim*.

Per quanto attiene alla joint venture, sappiamo che è il contratto con il quale due o più imprese convengono di collaborare al fine di eseguire congiuntamente un'opera o un'attività economica, che non potrebbe essere svolta individualmente per l'onerosità e la complessità che la contraddistingue. L'accordo concluso ha carattere, di regola, temporaneo e mira in buona sostanza a combinare le forze dei contraenti, senza, però, costituire alcuna società tra le parti, non venendo meno, di conseguenza, l'individualità di ciascuna impresa. In particolare tale contratto mira ad attuare una disgregazione verticale del ciclo produttivo a livello internazionale in modo da affidare le fasi maggiormente *labour intensive* ad imprese ubicate dove il costo del lavoro è minore. Anche a livello nazionale il ricorso a tale strumento risulta essere molto più vantaggioso rispetto alla costituzione di una società oppure di un consorzio, dal momento che consente di evitare di sostenere costi preventivi che in alcuni casi potrebbero rivelarsi inutili – si pensi ad esempio al caso in cui la gara di appalto non venga poi vinta – , oltre a imporre tempi piuttosto lunghi che mal si conciliano con esigenze di tempestività, e, inoltre, consente alle imprese di cooperare senza però perdere la propria autonomia: in questo modo ciascuna esegue direttamente con i suoi mezzi e le proprie capacità organizzative una parte dell'opera.

<sup>31</sup> Laddove non si ritenesse applicabile a simili ipotesi la disciplina in questione, si arriverebbe a conseguenze assurde. Fermo restando che una tale pattuizione potrebbe astrattamente anche essere ritenuta nulla in quanto potrebbe rappresentare un'ipotesi di contratto in frode alla legge.

<sup>32</sup> In questo senso, A. BERTOLOTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 180; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 136.

<sup>33</sup> Ritiene che la dipendenza economica possa caratterizzare entrambe le parti del rapporto contrattuale, tra gli altri, A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 500 ss; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica “fuori dal contratto” tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 403.

determinare<sup>34</sup>, nei rapporti contrattuali con un'altra impresa, un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi<sup>35</sup>, avuto riguardo anche alla reale possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti. Il legislatore, per la verità, non fornisce una definizione di dipendenza economica, limitandosi semplicemente a descrivere un'ipotesi di abuso, lasciando, così, molta discrezionalità al giudice<sup>36</sup>.

Va premesso che la situazione di debolezza presa in considerazione dalla norma si caratterizza per essere una posizione di dominio "relativa", in quanto rapportata alla posizione di una parte rispetto all'altra<sup>37</sup>, a differenza di quella che caratterizza l'abuso di posizione dominante<sup>38</sup> sanzionato dall'art 3 della l. n. 287/90<sup>39</sup>, che,

---

<sup>34</sup> L'espressione "è in grado di" usata dal legislatore può determinare dubbi interpretativi in relazione alla possibilità di attribuire rilevanza anche all'abuso "potenziale", ampliando in questo modo notevolmente l'ambito di applicazione della norma. In realtà, pare potersi escludere questa soluzione in quanto l'abuso potenziale non è in realtà ancora un abuso e, quindi, è una situazione lecita.

<sup>35</sup> L'art. 9, a differenza di quando accade in sede di clausole vessatorie, prevede che venga lasciato un effettivo spazio di valutazione circa la reale sussistenza di una condizione di debolezza. In tal senso, A. CERIDONO, *sub art. 9*, cit., p. 432.

<sup>36</sup> Evidenzia tali problematiche, A. PALMIERI, *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, p. 2179.

<sup>37</sup> Secondo, S. PAGLIANTINI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 457, l'abuso di posizione dominante prenderebbe in considerazione gli abusi perpetrati nei rapporti orizzontali tra imprese, mentre l'abuso di dipendenza economica quello nei rapporti verticali. La dipendenza economica, inoltre, non deve essere considerata come un'applicazione all'interno del singolo rapporto contrattuale dell'abuso di posizione dominante, diversamente si finirebbe con lo svuotare di contenuto e di funzioni la disposizione in questione. In questo senso, F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 314.

<sup>38</sup> La legge n. 287/90, alla stregua del legislatore comunitario, non ci fornisce alcuna definizione di abuso, o di sfruttamento abusivo. Sulle differenti ipotesi di abuso si rimanda a S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001, p. 199 ss.

<sup>39</sup> L'art. 3 della legge antitrust prevede che sia vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante. La nozione di posizione dominante assunta dalla giurisprudenza del nostro paese ricalca quella assunta dalla giurisprudenza comunitaria, anche se la formulazione letterale è differente: la disciplina comunitaria parla di "condizioni di transazione non eque", mentre la disposizione introdotta dal legislatore italiano di "condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose". In ogni caso, va rimarcato che, ai sensi dell'art. 1 comma 4, la disciplina interna deve essere interpretata alla luce dei principi comunitari che regolano la materia, pertanto, si ritiene che la misura dell'abuso debba essere la medesima. In particolare, la corte di giustizia delle Comunità europee nella sentenza del 14.2.78, n. 27/76, *United Brands c. Commissione* definisce la posizione dominante come quella "posizione di potenza economica grazie alla quale l'impresa che la detiene è in grado di ostacolare la persistenza di una concorrenza oggettiva sul mercato in questione ed ha la possibilità di tenere comportamenti alquanto indipendenti nei confronti dei concorrenti, dei clienti e, in ultima analisi, dei consumatori". Questa sentenza è stata più volte richiamata anche dall'AGCM in sede di applicazione della disciplina nazionale. Si v., ad esempio, AG 17.12.98, *Consorzio Risposta/Ente Poste Italiane*, in *Boll.*, 1998, p. 51. Anche se alcuni, in particolare, M.R. MAUGERI, *Abuso di*

rapportandosi al mercato, è “assoluta”<sup>40</sup>. Per stabilire quando si verifica dipendenza economica si deve, pertanto, prestare attenzione al rapporto intercorrente tra le due imprese, quella in posizione di dipendenza e quella in posizione di forza e valutare in concreto la posizione in cui si trovano<sup>41</sup>. L’unico criterio che ci viene offerto dal testo normativo per analizzare la condizione della parte “debole” è quello della presenza di

---

*dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 105, sottolineano che la Corte sarebbe orientata verso l’adozione di una nozione ampia di posizione dominante tesa a ricomprendere anche le situazioni che vengono definite di dipendenza economica. Da qui, si poneva il problema se anche la nozione di posizione dominante prevista dall’art. 3 della l. n. 287/90, dovesse essere interpretata in modo così ampio. Si sottolinea che in un caso la AGCM ha attribuito rilevanza ad una situazione di dipendenza in cui l’impresa forte non deteneva una quota rilevante del mercato. In questo senso APCA/COMPAG (Prov. 588 del 6.7.92, in Boll., 13/1992). Se così fosse si dovrebbe concludere che l’art. 9 non introduce nulla di nuovo in ordine alla possibilità di intervento dell’AGCM. In questo senso, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 112. L’AGCM ritiene, in particolare, che per definire quando sussiste una posizione dominante si debba far riferimento a indici strutturali e comportamentali. Per quanto attiene ai primi, una particolare rilevanza assume la quota di mercato detenuta dall’impresa. In questo senso, si v. quanto affermato dalla Corte di Giustizia nella sentenza *United Brands/Commissione* la quale sottolinea la necessità di far riferimento sia a indici strutturali che comportamentali. In particolare, viene rimarcato che non è sufficiente che sussistano i criteri strutturali, ma è necessario che l’impresa tenga un determinato comportamento. In questo senso si dice che assume rilevanza la possibilità di tenere comportamenti indipendenti, in particolare, secondo quanto stabilito dalla Commissione europea nella decisione *Continental Can*, tale situazione ricorre “quando l’impresa, in virtù della sua parte di mercato, unita in particolare al possesso di conoscenze tecniche ed alla disponibilità di materie prime o di capitali, ha la possibilità di determinare i prezzi o di controllare la produzione o la distribuzione di una parte cospicua dei prodotti considerati”. Per comprendere se un’impresa si trova in posizione dominante risulta, poi, di fondamentale importanza comprendere quale sia il mercato rilevante di riferimento. Comprendere cosa si debba intendere con questa espressione non è cosa facile, l’AGCM ha definito la stessa come “il più piccolo contesto (in termini di insieme di prodotti e di area geografica) in cui, se si creassero condizioni di monopolio, il monopolista potrebbe profittevolmente fissare un prezzo significativamente superiore a quello concorrenziale e mantenerlo a tale livello per un periodo significativo di tempo”.

<sup>40</sup> Anche se alcuni, in particolare, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 105, sottolineano che la Corte sarebbe orientata verso l’adozione di una nozione ampia di posizione dominante tesa a ricomprendere anche le situazioni che vengono definite di dipendenza economica. Di conseguenza, in virtù del vincolo interpretativo, anche la nozione di posizione dominante prevista dall’art. 3 della l. n. 287/90, dovrebbe essere interpretata in modo così ampio. In particolare la AGCM ha attribuito rilevanza ad una situazione di dipendenza in cui l’impresa forte non deteneva una quota rilevante del mercato, nel provvedimento APCA/COMPAG (Prov. 588 del 6.7.92, in Boll., 13/1992). Se così fosse si dovrebbe concludere che l’art. 9 non introduce nulla di nuovo in ordine alla possibilità di intervento dell’AGCM. In questo senso, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 112.

Inoltre, pur essendo configurabili ipotesi di sovrapposizione tra le due figure, si deve ricordare che il verificarsi di una situazione di abuso di cui all’art. 9 non implica necessariamente il verificarsi di effetti pregiudizievoli per la concorrenza, presupposto, invece, per l’applicazione dell’art. 3 della l. n. 287/90.

<sup>41</sup> Si deve far riferimento al c.d. criterio bilaterale, in tal senso R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 733.

soddisfacenti alternative sul mercato<sup>42</sup>, in base al quale la dipendenza economica potrebbe essere esclusa non semplicemente riscontrando l'astratta sussistenza di alternative sul mercato, ma solo laddove fosse possibile riscontrare alternative idonee a soddisfare l'interesse della parte<sup>43</sup> e concretamente fruibili per la stessa<sup>44</sup>. La mancanza di alternative, rilevante ai sensi dell'art. 9, potrebbe derivare almeno da due circostanze<sup>45</sup>. In primo luogo, dalle condizioni oggettive ed esterne alle parti esistenti in un determinato mercato: ad esempio, dalla presenza nello stesso di una situazione di monopolio o di oligopolio o comunque di una o più imprese in posizione dominante<sup>46</sup>. In questo senso, sarà

---

<sup>42</sup> Si dice che tale valutazione deve essere distinta in tre momenti: si deve accertare la sussistenza della possibilità dell'alternativa; per poi verificare la realtà di tale possibilità e l'attitudine soddisfattiva dell'alternativa. La prima di queste fasi implicherebbe una valutazione oggettiva e generale.

In questo senso, A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 329 ss.; S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, cit., p. 220 ss.

<sup>43</sup> A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, cit., p. 197, auspica che vengano individuati criteri oggettivi per determinare tale requisito.

<sup>44</sup> Le alternative devono essere "reali" nel senso che non devono essere mere possibilità ipotetiche e astratte, ma opportunità che nel caso concreto il mercato offre. Invece il termine "soddisfacenti" fa riferimento alla realizzazione dell'interesse dell'imprenditore. In questo senso, Trib. Bari 6.05.02, in *Danno e resp.*, 2002, p. 766.

In giurisprudenza, si v. in particolare Trib. di Bari, ord. 6.05.02, cit., p. 766, secondo il quale la possibilità di reperire alternative soddisfacenti va esclusa in base ad alcune considerazioni: il consolidato rapporto tra le parti che crea affidamento in ordine alla prosecuzione del rapporto; il difficile reperimento nel breve tempo della la merce oggetto del contratto, soprattutto in relazione alla quantità di quantitativi richiesti. La reale possibilità di rinvenire sul mercato alternative soddisfacenti riveste una particolare importanza nel caso sottoposto al Trib. Catania deciso con ordinanza del 5.01.04, dove il giudice aveva rilevato che, dal momento che la Eastman Chemical s.r.l è l'unica produttrice italiana di un determinato prodotto, essenziale per lo svolgimento dell'attività della Medical system, e che, di conseguenza, quest'ultima è di fatto costretta ad approvvigionarsi dalla Eastman. Pertanto, vi era una situazione di dipendenza economica, di detta situazione il produttore aveva abusato, rifiutando le richieste di fornitura al fine di ottenere la previsione di condizioni contrattuali inique. Il giudice adito, in via d'urgenza, aveva inibito il divieto di dar corso all'ordine di acquisto. Il Trib. Trieste con ordinanza 21.09.06, esclude la presenza di alternative soddisfacenti per il fatto che la contrattazione di settore è sostanzialmente uniforme, prevedendo per tutti i gestori una posizione dominante una volta effettuata la scelta contrattuale iniziale, e che il cambiamento di partner, non risolvendo in ogni caso i problemi a venire, avrebbe esposto la parte a notevoli costi di apertura e di chiusura. Il Trib. Trieste, ordinanza, 21.09.06, in *I contratti*, 2007, p. 112, escludeva l'esistenza di alternative reali soddisfacenti in virtù del fatto che il rivolgersi ad un operatore diverso avrebbe comportato per l'impresa il sostenimento di costi eccessivamente onerosi.

<sup>45</sup> Sul punto si v., in particolare, A. CERIDONO, *sub art. 9*, cit., p. 437 ss.; C. OSTI, *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, p. 2184.

<sup>46</sup> Si tratta di una dipendenza avente natura oggettiva, dovuta a ragioni contingenti al funzionamento dell'impresa. Si riferisce ai casi in cui una parte si veda costretta a contrattare con un'altra per le caratteristiche qualitative del bene o del servizio oggetto del contratto o per le particolari condizioni esistenti nel mercato. In

rilevante l'analisi del mercato di riferimento<sup>47</sup>, per stabilire se e in che misura, alla luce dei criteri elaborati nell'ambito della disciplina antitrust per verificare la sussistenza di una situazione di posizione dominante, vi sia una situazione di effettiva concorrenza<sup>48</sup>. In secondo luogo, dalla situazione soggettiva in cui la parte si sia venuta a trovare in seguito all'instaurazione di un rapporto continuativo con la controparte, come nel caso, molto frequente nei rapporti di lunga durata, in cui un'impresa si sia strutturata per rispondere alle esigenze specifiche di un unico cliente o di un numero estremamente ridotto di clienti (c.d. situazione di dipendenza economica "relativa")<sup>49</sup>. Chiaramente, in questo caso l'analisi

---

particolare si v., S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, cit., p. 223 ss., secondo il quale per valutare quando vi sia dipendenza economica si deve prestare attenzione all'esperienza straniera in materia. In particolare, tra le ipotesi di dipendenza dovute a circostanze esterne all'impresa vengono richiamate la dipendenza da assortimento e quella da penuria. La prima si verifica quando un'impresa vuole operare su un mercato caratterizzato dalla presenza di un prodotto o di un servizio di estrema diffusione tra il pubblico, in questi casi ottenerne la disponibilità si rivela cruciale importanza ai fini della competitività sul mercato, a causa della forza trainante del marchio. Pertanto, laddove tali beni e servizi non possano essere sostituiti con altri per la reputazione di cui godono, si avrà dipendenza economica. In particolare, la giurisprudenza francese per ritenere sussistente una dipendenza da assortimento richiedeva la notorietà del marchio. La seconda si verifica quando l'impresa venga improvvisamente e in modo imprevedibile privata di una fonte di rifornimento non sostituibile in tempi brevi. Vi rientra anche l'ipotesi provocata dalla temporanea carenza del prodotto sul mercato e che quindi il fornitore decida di rifornire solo alcuni. Pertanto, dal punto di vista del fornitore sussisterà dipendenza economica laddove determinati prodotti possano essere forniti solo ad una determinata controparte, e dal punto di vista dell'acquirente, laddove tali prodotti possano essere forniti solo da un determinato fornitore.

<sup>47</sup> Si deve individuare il mercato rilevante del prodotto o del servizio in questione, sia sotto il profilo geografico, che sotto quello dei prodotti e servizi. Il mercato sarà più ampio maggiori saranno le dimensioni delle imprese in questione e minore è il grado di specializzazione del prodotto. In particolare per valutare l'intercambiabilità della domanda o dell'offerta, si deve far riferimento non solo ai prodotti identici ma anche a quelli simili.

<sup>48</sup> Tale situazione potrebbe verificarsi ad esempio in caso di rapporti di agenzia, laddove il preponente rivesta la posizione di monopolio o oligopolio, tale che l'agente che si sia "specializzato" in un determinato ambito in caso di interruzione dei rapporti difficilmente potrà svolgere la medesima prestazione per un diverso preponente proprio a causa delle condizioni del mercato. Ma potrebbe verificarsi anche in caso di subfornitura o altre tipologie contrattuali, laddove la controparte disponga di una vasta fetta di mercato.

<sup>49</sup> In questo senso, L. PRATI E A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999, p. 159, sottolineano la presenza di ulteriori elementi per verificare l'esistenza di una situazione di dipendenza economica "relativa", come la pattuizione reiterate di esclusive contrattuali o di minimi di acquisto particolarmente elevati, che limitino la facoltà di un'impresa di sviluppare nuova clientela o di approvvigionarsi da terzi; infine, l'affidamento ingenerato dalla continuità nel tempo dei rapporti commerciali, da cui siano derivati investimenti non ammortizzabili altrimenti; infine, la titolarità delle macchine, delle attrezzature e degli impianti di cui si serva l'impresa in posizione di presunta dipendenza. S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, cit., p. 227; G. TUCCI E C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di*

non riguarderà tanto le condizioni generali di mercato, ma piuttosto altri elementi, come il livello di integrazione raggiunto tra le parti, tale per cui una abbia adeguato la sua produzione alle esigenze dell'altra: in particolare, si dovrà verificare l'esistenza nel caso concreto di alternative compatibili con l'assetto produttivo e commerciale che la stessa si sia data nel tempo<sup>50</sup>, tenendo in considerazione anche l'entità del rischio di conversione dell'attività.

---

*applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192, cit. p. 113. In particolare, A. BARBA, L'abuso di dipendenza economica: profili generali, cit., p. 335, parla di dipendenza determinata dall'impresa o di dipendenza economica soggettiva, caratterizzata per il fatto che l'impresa ha effettuato significativi e specifici investimenti difficilmente riconvertibili, oppure che una parte significativa del fatturato viene realizzata con l'impresa relativamente dominante. In particolare, in relazione al fatturato generato dal subfornitore, al fine di verificare se sussista dipendenza economica, si deve avere riguardo a quello generato nei confronti del gruppo di imprese in cui sia inserito, dal momento che l'art. 9 parla di possibilità di abuso da parte di una o più imprese. In particolare, in caso di monocommittenza in altri paesi si diceva che la circostanza che il committente fosse il contraente unico del fornitore fosse indice rivelatore di una dipendenza in re ipsa. M. TRECCANI, Subfornitura e abuso di dipendenza economica: i presupposti ed i rimedi, in Riv. dir. priv., 2005, p. 713, osserva che anche in questi casi si dovrebbe vedere la situazione del mercato.*

<sup>50</sup> In questo senso, L. PRATI E A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 157. D. CONSERVA, *La subfornitura*, cit., p. 398, sostiene che l'inefficienza del mercato non rappresenti una condizione indispensabile per la situazione di dipendenza economica, la quale potrebbe riscontrarsi anche se il mercato offre buone possibilità che però l'impresa più debole può sfruttare solo ad es. affrontando notevoli costi per dotarsi degli impianti e dei macchinari necessari. A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 182, afferma che la situazione di dipendenza economica deve necessariamente essere letta alla luce della concreta possibilità della parte di slegarsi dal rapporto in essere. In questo caso sussiste il rischio di dover riorganizzare l'attività economica in funzione di una domanda o di un'offerta alternativa; dalla possibilità di recuperare investimenti finalizzati ad una relazionalità commerciale prevista come di lungo periodo con un'impresa, e da quello connesso alla riappropriazione di un'identità commerciale eternalizzata come complementare ed integrata rispetto a quella dell'impresa committente. G. CERIDONO, *I contratti di distribuzione*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. IV, cit., p. 398, si sofferma ad analizzare il tema degli investimenti non recuperabili: il riferimento è a quegli investimenti significativi, concernenti l'acquisto di attrezzature specifiche e di competenze tecniche particolari, per far fronte agli impegni che derivano dal contratto. Sicuramente, in questi casi la parte a seguito dell'instaurazione del rapporto vedrebbe diminuire il proprio potere contrattuale, dal momento che in caso di cambiamento della controparte subirebbe una notevole perdita.

G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 42, rileva che le caratteristiche salienti della dipendenza economica sarebbero da rintracciarsi nella specificità del bene, nelle carenze informative e nell'incompletezza del contratto dal momento che hanno l'effetto di imprigionare una delle parti all'accordo negoziale esponendola al rischio di comportamenti opportunistici. In questa analisi verrebbero in particolare in considerazione i costi di commutazione (*switching costs*) che l'impresa sarebbe chiamata a sostenere nel caso in cui venisse interrotto il rapporto contrattuale. Tali costi rappresentano l'altra faccia degli investimenti da affidamento. In particolare maggiore è la specificità del bene e maggiori saranno i costi di commutazione.

Quest'ultima condizione rappresenta la regola nei rapporti di subfornitura, dal momento che il subfornitore svolgendo delle prestazioni che si vanno a inserire nel ciclo produttivo del committente, deve acquisire conoscenze e sostenere investimenti, difficilmente riutilizzabili in caso di modifica della parte contrattuale<sup>51</sup>. Ancor più tale situazione si può verificare in caso di franchising: il franchisee, infatti, è il tipico esempio di soggetto privo di alternative soddisfacenti, essendo chiamato a sostenere investimenti non riconvertibili per poter entrare nella rete e svolgere la sua attività<sup>52</sup>. Ma lo stesso potrebbe valere anche per altre tipologie contrattuali, ad esempio per la concessione di vendita con patto di esclusiva. Più in generale si può dire che, venendo anche in rilievo il fatturato relativo ai rapporti con il partner, tale condizione caratterizza tutti i casi in cui la parte svolga rapporti contrattuali soltanto con un determinato soggetto<sup>53</sup>.

In realtà, sebbene il legislatore, al fine di verificare la sussistenza di una situazione di dipendenza economica, ci indichi espressamente solo il criterio delle alternative soddisfacenti sul mercato<sup>54</sup>, di chiara

---

<sup>51</sup> L'elevato grado di integrazione delle parti viene reso ancora più evidente dal fatto che molto spesso nella subfornitura si assiste a situazioni di monocommittenza.

<sup>52</sup> Analizza la situazione caratterizzante i rapporti di franchising, in particolare, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 50.

<sup>53</sup> Questa ipotesi caratterizza tutti i casi in cui sia prevista la clausola di esclusiva. Di conseguenza tale ipotesi di dipendenza economica deve ritenersi in *re ipsa* nei casi di contratti di agenzia, di concessione di vendita con patto di esclusiva.

<sup>54</sup> Pertanto, secondo i sostenitori di questa tesi la disposizione dovrebbe essere letta nel senso che l'assenza di alternative soddisfacenti è condizione necessaria per aversi dipendenza economica, A. CERIDONO, *sub art. 9*, cit., p. 433, sottolinea che la valutazione circa la sussistenza di una situazione di dipendenza economica, è una valutazione puramente ipotetica, l'unico concreto riferimento che viene fornito nello svolgimento della stessa è quello della valutazione di alternative soddisfacenti sul mercato. In questo modo, il legislatore confermerebbe lo stretto legame tra lo squilibrio contrattuale e l'equilibrio del mercato. La disposizione in questione mirerebbe a reagire contro situazioni che sono caratterizzate da una forma di anomalia nel meccanismo concorrenziale, in quanto non vi è la possibilità per un operatore di rivolgersi ad altri operatori e di scegliere il regolamento contrattuale a lui favorevole, la quale rappresenta la principale libertà e la migliore garanzia che un mercato competitivo offre. In tal senso, F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 145; V. PINTO, *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, cit., p. 405; S. BENUCCI, *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, cit., p. 223 ss. Per quanto attiene al panorama europeo: volgendo lo sguardo agli antecedenti di questa disposizione, la legge francese, l'*ordonnance* n. 86-1243 del 1.12.1968 e la legge tedesca sulla concorrenza del 1957, la *Wettbewerbsgesetz*, sembrerebbero indicare quale condizione necessaria per la rilevanza dell'abuso la mancanza di alternative. Tuttavia va anche rilevato che il legislatore ha voluto discostarsi da tali disposizioni le quali, si deve sottolineare, si collocano nell'ambito

matrice antitrust, risulta, tuttavia, preferibile far riferimento anche ad altre circostanze, che ugualmente possono attribuire all'impresa il potere di determinare un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi<sup>55</sup>. Si può pensare, a titolo esemplificativo, alla situazione di controllo societario<sup>56</sup> oppure alla dipendenza tecnologica<sup>57</sup>. Una volta verificata la presenza di tali indici spetterà comunque al giudice, valutati i differenti interessi in gioco, verificare se effettivamente sussiste una situazione di dipendenza economica, tenendo anche in considerazione, al fine di non attribuire

---

della disciplina antitrust dei rispettivi paesi. Sottolinea la deviazione A. MAZZIOTTI DI CELSO, *sub. Art. 9*, cit., p. 263.

<sup>55</sup> Il disposto legislativo, infatti, recita “tenendo conto anche” e non “tenendo conto soltanto” delle alternative soddisfacenti, lasciando implicitamente intendere che possano esserci anche altre condizioni per aversi dipendenza economica. In tal senso, tra gli altri, A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 328, dove vengono indicati quali elementi ulteriori da tenere in considerazione, ad esempio, la condizione economica o la situazione giuridica del soggetto economico del comportamento abusivo. In giurisprudenza, Trib. Catania, 5.1.04, cit., il quale ha attuato una significativa inversione di tendenza sottolineando che l'assenza di alternative è un criterio che riveste un ruolo centrale, ma non esclusivo. A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 183, afferma che a tale conclusione porterebbe un'interpretazione corretta della norma, anche se osserva poi che in concreto risulta difficile individuare situazioni diverse da cui potrebbe derivare tale situazione, in quanto la mancanza di alternative risulta pur sempre il substrato comune ad ogni dipendenza economica. In giurisprudenza, Trib. Bari, 6.05.02, cit., p. 766, sottolinea che gli altri criteri non sono stati indicati vista la eterogeneità degli stessi. Per altri ancora sarebbe sufficiente la realizzazione di un abuso per la sua rilevanza. In senso contrario, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 139, la quale sostiene che tale concezione sarebbe antiletterale, in quanto la disposizione non vieterebbe l'abuso in sé, ma l'abuso che una parte fa della condizione di dipendenza economica dell'altra parte.

<sup>56</sup> Richiamano questo ulteriore causa di dipendenza economica, L. PRATI E A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 161.

<sup>57</sup> Va però precisato che in questo caso per dipendenza tecnologica non si deve intendere la semplice dipendenza di cui alla l. 192/98, ma un ulteriore livello di dipendenza tecnologica, identificabile in una sorta di “neutralità tecnologica”, nella quale il committente diviene l'unico sbocco per l'attività di impresa. La dipendenza tecnologica e la dipendenza economica devono essere considerate come delle situazioni differenti; così, L. DELLI PRICOLLI, *Franchising e abuso di dipendenza economica*, cit., p. 2155, che critica l'atteggiamento seguito da parte della giurisprudenza (trib. Torino, ord. 19.11.99; Trib. Taranto, ord. 13.10.99, entrambe in *Foro it.*, 2000, p. 624) che accosta il concetto di dipendenza economica a quello di dipendenza tecnologica. Nondimeno, la dipendenza tecnologica può essere considerata come uno dei requisiti in presenza dei quali si può avere dipendenza economica. In questo senso, R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 734, richiamano la dipendenza progettuale e tecnologica quali indici di una situazione di dipendenza economica, oppure la stessa natura standardizzata della prestazione o la lunga durata del rapporto contrattuale. Nello stesso senso, L. PRATI E A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 159; G. VETTORI, *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 31; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 139; M. TRECCANI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: i presupposti ed i rimedi*, cit., p. 701.

In particolare, questa ipotesi si potrebbe realizzare ad esempio anche in caso di un contratto di engineering, laddove lo svolgimento della prestazione richieda conoscenze delle quali solo l'impresa di engineering disponga.



una tutela eccessiva alla parte debole, il comportamento di quest'ultima ed escludendo la tutela, laddove la situazione di dipendenza sia stata determinata dalla sua negligenza<sup>58</sup>.

#### 4. L'abuso di dipendenza economica.

L'art. 9, con un'elencazione meramente esemplificativa, indica alcune ipotesi di abuso di dipendenza economica<sup>59</sup>, prevedendo, in primo luogo, che possa verificarsi laddove una parte, sfruttando la situazione di predominio, imponga all'altra una regolamentazione iniqua, caratterizzata da condizioni contrattuali eccessivamente gravose o discriminatorie<sup>60</sup>, che, in assenza di dipendenza economica<sup>61</sup>, la controparte non avrebbe accettato<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> In questo senso, A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 336, il quale afferma che diversamente si correrebbe il rischio di determinare una sorta di immunità dell'imprenditore debole ai danni della concorrenza.

Permane, tuttavia, qualche perplessità in ordine alla capacità del giudice ordinario di applicare una disposizione che richiede strumenti interpretativi di tipo economico.

<sup>59</sup> Si può avere abuso anche laddove siano più imprese ad agire in danno di un'impresa. Tali imprese potrebbero trovarsi in rapporto tra loro di controllo ai sensi dell'art. 2359 c.c., in rapporto di collegamento, ma tale rapporto potrebbe essere un collegamento a carattere temporaneo come nel caso delle joint venture, consorzi, oppure anche da imprese che tra loro non sono legate da precedenti accordi. In tal senso, B. GRAZZINI, *sub art. 9 Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 183, l'A. sottolinea che proprio il caso di intesa tra imprese tra loro non legate da alcun rapporto sia la più interessante. In particolare va rimarcato in tal caso non necessariamente potrebbe trattare di intese restrittiva della concorrenza vietate dall'art. 2 della l. n. 287/90. Quello che rileva in questo caso è che sussista una qualche forma di accordo tra le parti senza che sia necessario che le stesse tengano comportamenti "paralleli".

Per quanto attiene all'elencazione effettuata dalla disposizione, la dottrina e la giurisprudenza prevalenti ritengono tali ipotesi meramente esemplificative, per tutti, A. CERIDONO, *sub art. 9*, cit., p. 445. Si deve prendere atto che le ipotesi di abuso descritte dalla disposizione richiamano alcune ipotesi di abuso di posizione dominante disciplinate dall'art. 3 della l. n. 287/90, il quale fa riferimento all'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose. Altre tipiche ipotesi di abuso di posizione dominante consistono poi proprio nel rifiuto di contrarre. Sul punto si v. S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, cit., p. 232.

<sup>60</sup> Dedicò alcune riflessioni alle condizioni contrattuali discriminatorie, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 155.

<sup>61</sup> La figura dell'abuso di dipendenza economica richiama alla mente la disciplina della rescissione del contratto per lesione *ultra dimidium*. In questo senso, A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 280, il quale individua diversi aspetti di contatto tra le due discipline: seppur la disciplina sulla dipendenza economica sia più specifica, secondo l'A. in entrambi i casi vi sarebbe una menomazione della libertà di contrarre di una parte per circostanze che attengono alla fase di formazione del rapporto e per lo squilibrio del contenuto: in entrambi i casi in qualche modo sussisterebbe un approfittamento di una delle parti di una situazione di debolezza in cui viene a trovarsi la controparte. A differenza che nel caso della rescissione, pare però potersi sostenere che la situazione di dipendenza economica non debba

La disposizione, non fornendo alcun elemento di valutazione per comprendere quando si possa parlare di eccessivo squilibrio, oppure di clausola eccessivamente gravosa o discriminatoria, non risulta di immediata comprensione. Al fine di comprenderne il significato di “eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi” di cui all’art. 9, si potrebbe valutare se rifarsi a quanto elaborato in sede di clausole vessatorie<sup>63</sup>, dal

---

nessariamente già sussistere al momento della formazione del vincolo, ma possa anche sopravvenire in un momento successivo. In base alle considerazioni effettuate, infatti, non parrebbe da escludersi l’applicazione dell’art. 9 anche laddove la condizione di debolezza sopravvenga nel corso del rapporto. Sul punto, L. DELLI PRISCOLLI, *L’abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole vessatorie*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 1 ss., sottolinea che spesso la situazione di dipendenza economica viene a verificarsi dopo che il rapporto si sia già instaurato. In realtà, l’abuso di dipendenza economica potrebbe limitare gli spazi operativi della rescissione perché se tramite l’abuso in questione si realizza una lesione *ultra dimidium* si applica l’art. 9 riducendo gli spazi della rescissione.

<sup>62</sup> Lo squilibrio, pertanto, oltre che come indice di una situazione di dipendenza economica, rappresenta anche una delle possibili forme dell’abuso. In tal senso, A. CERIDONO, *sub art. 9*, cit., p. 444.

In giurisprudenza, si v. Trib. Taranto con ordinanza 17.9.03, il quale ha riconosciuto la nullità di una clausola che prevedeva in capo al franchisor la possibilità di recedere dal contratto senza addurre alcuna motivazione; Trib. Trieste con ordinanza 21.09.06, il quale aveva affermato realizzasse tale forma di abuso di dipendenza economica la clausola che prevedeva che il cliente, esercente attività di *call center*, nel caso in cui volesse effettuare un trasloco o spostamento di impianto dovesse necessariamente rivolgersi all’impresa fornitrice, accettandone i costi senza alcuna possibilità di contrattare e senza che di essi venga dato alcun dettaglio.

<sup>63</sup> F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 644, sostiene che, tenuto conto del fatto che la disciplina a tutela del consumatore e la disposizione relativa alla dipendenza economica perseguono le medesime finalità con meccanismi tecnici dello stesso tipo, l’utilizzazione delle tecniche e dei principi espressi in materia di disciplina dei contratti dei consumatori non risulta semplicemente opportuna per chiarire la portata del divieto di abuso di dipendenza economica, ma addirittura risulta imposta dall’esigenza del rispetto del fondamentale canone ermeneutico che postula la coerente unitarietà dell’ordinamento. In particolare, l’A. ritiene che questa considerazione consenta di ricorrere all’elenco di clausole ritenute presuntivamente vessatorie, per risalire a parametri sufficientemente certi che consentano di concretizzare l’abuso di dipendenza economica. Il richiamo alla disciplina delle clausole vessatorie risulta utile per il richiamo alla previsione secondo la quale per valutare se una clausola è vessatoria si deve tenere in considerazione la natura del bene o del servizio oggetto del contratto e far riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende. Inoltre, si potrebbe applicare analogicamente la previsione per la quale la nullità della clausola non si dovrebbe estendere all’intero contratto. In relazione alle clausole vessatorie e ai criteri in base ai quali determinare quando si possa definire in tal modo una clausola, si v. E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999, p. 103 ss., il quale si interroga sul rapporto tra l’esistenza di uno squilibrio e la violazione della clausola di buona fede, in particolare se questi possano essere considerati criteri autonomi oppure siano inscindibilmente legati. Alla fine l’A., a p. 112, conclude che si debba riconoscere “al significativo il ruolo centrale nel giudizio di vessatorietà ed attribuisce alla buona fede oggettiva il ruolo di criterio valutativo della significatività dello squilibrio, e cioè di metro di rilevanza per stabilire la rilevanza di questo”. Diversamente, parte della dottrina non trova convincente il

momento che l'art. 33 cod. cons., facendo riferimento alle “clausole che, malgrado buona fede<sup>64</sup>, determinano a carico del consumatore un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi derivanti dal contratto” utilizza una formulazione apparentemente simile<sup>65</sup>. Soprattutto tenuto conto del fatto che sembrerebbe sussistere una sorta di parallelismo tra le due norme: l'una svolgerebbe nei rapporti tra imprese la medesima funzione che l'altra svolge nei rapporti tra consumatori e professionisti., essendo entrambe caratterizzate dalla *ratio* di sanzionare l'abuso del potere contrattuale al fine di garantire l'autonomia privata.

Tuttavia, non va dimenticato che tra le due discipline sussistono numerose differenze<sup>66</sup>, come la diversa natura dello squilibrio sanzionato<sup>67</sup>: se l'art. 33 cod. cons. attribuisce rilevanza unicamente allo

---

richiamo in questa sede della disciplina prevista per le clausole vessatorie in quanto lo squilibrio sarebbe riferito a situazioni ontologicamente diverse, dal momento che nell'art. 33 è la misura dell'abuso, e nell'art. 9 individua lo stato di dipendenza. In questo senso, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 150, la quale sottolinea che, a prescindere dalla valutazione dell'identità di ratio, lo squilibrio è riferito a situazioni ontologicamente diverse, in quanto nell'art. 33 è la misura dell'abuso, e nell'art. 9 individua lo stato di dipendenza. In buona sostanza da una parte si farebbe riferimento ad una situazione di squilibrio reale e dall'altra ad una potenziale. Nello stesso senso S. PAGLIANTINI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 467 ss.; F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, cit., p. 316, sottolinea che le riflessioni svolte relativamente alle clausole vessatorie in tale sede non possono tornare utili dal momento che mentre la disciplina a tutela del consumatore considera vessatorie le clausole che determinano malgrado buona fede un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi la disciplina sulla subfornitura si dice che viene considerata dipendenza economica la situazione in cui una parte sia in grado di determinare nei rapporti con l'altra un eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi; pertanto, sembrerebbe dire che l'esistenza di per sé di un significativo squilibrio di diritti ed obblighi non realizza di per sé alcuna forma di abuso. Di conseguenza, l'A. rileva che l'abuso non va ricercato di per sé nell'esistenza di un significativo squilibrio, ma altrove. Ne deriverebbe che la soglia di liceità della normativa in questione è senz'altro più elevata rispetto ai contratti dei consumatori, dal momento che in questo caso un generico squilibrio contrattuale non è in grado di inficiare il rapporto.

<sup>64</sup> Sul ruolo delle clausole generali nei sistemi giuridici contemporanei si rimanda a G. MERUZZI, *L'exceptio doli*, Padova, 2005, p. 1 ss.

<sup>65</sup> A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 185, ritiene che sussista una sostanziale corrispondenza tra il concetto di “eccessivo squilibrio di diritti ed obblighi” e “significativo squilibrio di diritti ed obblighi”; R. CASO e R. PARDOLESI, *La nuova disciplina del contratto di subfornitura (industriale): scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, cit., p. 724. *Contra*, U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, cit., p. 141; R. RINALDI e F. TURRITO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 140.

<sup>66</sup> E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti con i consumatori*, cit., p. 381, evidenzia che è differente anche l'entità dello squilibrio dal momento che affinché possa trovare applicazione l'art. 9 non basta che ci sia un significativo squilibrio, ma è richiesto che lo squilibrio sia eccessivo. Inoltre nel caso dei contratti dei consumatori ci sono diverse presunzioni che assicurano l'automaticità di applicazione.

<sup>67</sup> S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 230, afferma che la differente natura dello squilibrio sanzionato, è dovuta al fatto che vi è una

squilibrio normativo<sup>68</sup>, che si verifica quando ad una parte vengono riconosciute delle facoltà che nelle stesse circostanze vengono negate all'altra, la disciplina dettata dall'art. 9 pare attribuire rilevanza anche, se non particolarmente, allo squilibrio economico - che si ha quando una parte impone all'altra un prezzo fuori mercato<sup>69</sup>. Da questo punto di vista, la tutela offerta sarebbe, pertanto, molto più incisiva di quella predisposta a tutela dei consumatori<sup>70</sup>. Alla luce di queste considerazioni, si deve prendere atto che il richiamo alle clausole vessatorie non risulta

---

differente configurazione nella pratica delle due tipologie contrattuali. Nel caso dei contratti dei consumatori, questi hanno ad oggetto beni e servizi e il regolamento contrattuale viene unilateralmente predisposto, pertanto, la ratio di tutela è da ravvisarsi nel fatto che il consumatore non può incidere sul contenuto del contratto, potendolo concludere solo alle condizioni prospettate. Risulta, infatti, noto che la standardizzazione riguarda l'aspetto delle condizioni normative mentre quelle economiche vengono rimesse al mercato. Diversamente, nel caso dell'art. 9, i problemi non derivano tanto dalla predisposizione unilaterale, ma dal fatto che la contrattazione non avviene in modo paritario, e che lo stato di dipendenza può essere sfruttato anche dal punto di vista delle condizioni economiche.

<sup>68</sup> In tal senso, per tutti, E. MINERVINI, *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, cit., p. 113.

<sup>69</sup> Molti, al fine di non arrivare alla conclusione, per certi versi dirompente, di riconoscere un caso di nullità che dipende dalla misura del corrispettivo, sostengono che anche in sede di dipendenza economica si farebbe riferimento esclusivamente allo squilibrio normativo sulla base della considerazione che il rispetto del principio di autonomia privata non consentirebbe ingerenze in ordine alla convenienza economica dello scambio. Tra questi, F.L. GAMBARO e A. MARTINI, *La subfornitura cinque anni dopo*, cit., p. 529.

Diversamente, si può, agevolmente affermare che anche la valutazione del corrispettivo rientri nell'ambito di applicazione della norma. Dall'art. 3 lett. a della l. n. 287/90, infatti, emerge chiaramente che il legislatore ricomprende la determinazione del prezzo all'interno delle condizioni contrattuali e, quindi si deve concludere che la valutazione si dovrà estendere anche allo squilibrio economico. Alla medesima conclusione portano anche il riferimento alla possibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti e alla gravosità delle condizioni contenuto nell'art. 9. In tal senso, F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 651, il quale sottolinea che il riferimento alla possibilità di reperire nel mercato alternative soddisfacenti non lascia alcun dubbio in ordine al fatto che si debbano prendere in considerazione criteri economici. Inoltre, il termine "gravoso" non può che essere riferito al peso economico delle prestazioni. Nello stesso senso, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 184, sostiene che questa interpretazione potrebbe trovare un elemento di conferma nella legge antitrust, laddove in tema di abuso di posizione dominante il prezzo viene ricompreso nel concetto di condizioni contrattuali; M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 145; F. VOLPE, *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, cit., p. 311 e, in particolare, a p. 320; A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Tratt. dir. priv.*, diretto da M. Bessone, Torino, 2004, p. 278.

A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, cit., p. 196, afferma che si verrebbe in questo modo a creare una discriminazione tra consumatore e imprenditore in condizione di dipendenza economica.

<sup>70</sup> Alcuni sostengono che comunque la distanza tra le due discipline non sarebbe ineliminabile dal momento che la distinzione tra squilibrio normativo e economico poggerebbe su basi incerte. In tal senso, A. BERTOLOTTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 184 ss.

idoneo a risolvere ogni problema<sup>71</sup>: se può soccorrere per la valutazione dello squilibrio normativo, non risulta utile in relazione a quello economico<sup>72</sup>.

La disposizione in esame richiede, inoltre, insieme allo squilibrio economico o normativo, anche che lo stesso sia eccessivo<sup>73</sup>, nel senso

---

<sup>71</sup> F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 646, sottolineate le similitudini tra le due discipline riconosce che le stesse sono solcate da profonde differenze. L'A., in primo luogo rileva che la disciplina delle clausole vessatorie non si applica in caso di trattativa individuale, salvo le ipotesi espressamente elencate, mentre l'abuso di dipendenza economica investe ogni tipo di negoziazione. Ma soprattutto le discipline divergono profondamente per quanto attiene alla natura dello squilibrio che giustifica l'applicazione dei rimedi correttivi, da una parte lo squilibrio normativo, dall'altra quello economico. Anche se in realtà, l'A. rileva che un controllo sull'equilibrio economico non verrebbe totalmente escluso, dal momento che per valutare l'abusività delle clausole si devono considerare anche le altre clausole del contratto medesimo, oltre che la natura del bene o del servizio. Pertanto, sembra difficile che si possa decidere in ordine alla vessatorietà senza prendere in considerazione l'equilibrio economico complessivo del regolamento negoziale. Si deve, infine, considerare che la disciplina relativa ai diritti dei consumatori annovera espressamente tra i loro diritti quello all'equità, la quale non può che essere intesa che come congruenza economica dello scambio.

Tra le ulteriori differenze tra le due discipline va rimarcato che, mentre quella a tutela dei consumatori prevede un sistema di presunzioni che ne assicura una tendenziale automaticità di applicazione, diversamente, quella relativa alla dipendenza economica, non prevedendo alcuna presunzione, impone un onere della prova spesso gravoso a carico della parte debole, dovendo dimostrare sia la situazione di dipendenza economica che quella di abuso.

<sup>72</sup> In particolare, rifacendosi a quanto previsto in sede di clausole vessatorie, potrebbero risultare abusive clausole che hanno per oggetto o effetto di escludere o limitare le azioni o i diritti che una parte può esercitare nei confronti dell'altra in caso di inadempimento totale o parziale o in caso di inadempimento inesatto; oppure le clausole che riconoscono soltanto ad una parte e non all'altra la facoltà di recedere dal contratto. L'art. 9 in parte interferisce con un'altra disposizione contenuta nella l. 192/98, ovvero con l'art. 6 che prevede la nullità di determinate clausole. Sul punto, G. TUCCI E C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, cit. p. 114, i quali rilevano che l'art. 6 si porrebbe sulla scia della disciplina delle clausole vessatorie, dal momento che in quella sede veniva posta una presunzione circa la vessatorietà di determinate clausole. In particolare, in relazione al rapporto tra l'abuso di dipendenza economica e la nullità della clausola che attribuisce a una delle parti del contratto di subfornitura ad esecuzione continuata o periodica la facoltà di recesso senza congruo preavviso comminata dall'art. 6 comma 2 della l. 192/98, si v. L. DELLI PRISCOLLI, *Il recesso nel contratto di subfornitura*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2003, p. 264 ss., il quale ritiene che la *ratio* delle previsioni sia la medesima, ovvero quella di tutelare l'interesse della parte che subisce il recesso ad avere il tempo per riorganizzare la propria attività imprenditoriale, però nel caso dell'art. 9 la tutela sarebbe più intensa dal momento che, a prescindere dalla concessione di un congruo termine di preavviso, si cerca di evitare che il recedente approfitti delle condizioni di debolezza dell'altra parte per arrecare un danno alla controparte in caso di rinnovo contrattuale. Da queste considerazioni ne consegue che le due disposizioni avrebbero un ambito di applicazione differente: l'interruzione delle relazioni commerciali in atto non si riferisce solo alle ipotesi di recesso senza congruo preavviso. Diversamente la disposizione risulterebbe un inutile duplicato dell'art. 6 comma 2.

<sup>73</sup> A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, cit., p. 196, si interroga sul significato da attribuire al termine

che si deve trattare di uno squilibrio che eccede qualsiasi ragionevole aspettativa e giustificazione<sup>74</sup>. La precisazione risulta funzionale a non allargare eccessivamente la nozione di abuso, perché in un sistema basato sulla libertà di iniziativa, risulta normale che gli equilibri contrattuali siano negoziati dalle parti sulla base dei rispettivi rapporti di forza, ovviamente entro i limiti tollerabili, con la conseguenza che l'autonomia negoziale potrà essere limitata ma non compressa oltre misura<sup>75</sup>. Per valutare quando si verifichi uno squilibrio eccessivo - valutazione non facile, per il fatto che il giudice verrà chiamato a indagare su elementi disomogenei tra loro<sup>76</sup> - la dottrina maggioritaria ritiene che si debba far riferimento, alla stregua di quanto previsto dall'art. 33 cod. cons., alla clausola di buona fede<sup>77</sup>. In realtà,

---

significativo e conclude asserendo che coinciderebbe in buona sostanza con l'espressione "significativo" utilizzata nell'art. 33 cod. cons.

<sup>74</sup> T. CAPURRO, *Abuso di dipendenza economica e rifiuto di contrarre*, cit., p. 988.

<sup>75</sup> F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 147, sottolinea che in un contesto dominato dalla libera iniziativa economica, nel cui contesto è normale che gli equilibri contrattuali siano negoziati dalle parti sulla base dei rispettivi rapporti di forza, deve darsi per scontato che una parte possa far valere, entro limiti tollerabili, la propria posizione di forza nei rapporti con la controparte.

<sup>76</sup> Sul punto, A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 344, il quale dice che il giudice dovrà attuare un bilanciamento di interessi.

<sup>77</sup> G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 127 ss.; G. CRESCI, *sub. art. 9, "Abuso di dipendenza economica"*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, p. 725; B. GRAZZINI, *Sub. art. 9, "Abuso di dipendenza economica"*, cit., p. 196 ss., afferma che la norma riveste una notevole importanza dal momento che crea una stretta correlazione tra rispetto del canone di buona fede e validità del contratto. A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, cit., p. 211, il quale sottolinea che, pertanto, elemento in base al quale determinare se sussista un significativo squilibrio sia il criterio di buona fede in senso oggettivo. Manifestano alcune perplessità, F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 659, secondo il quale il richiamo alla buona fede, seppur doveroso, non risolve i problemi dal momento che rappresenta una clausola generale che necessita di essere concretizzata per la sua operatività. Nello stesso senso anche, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 231.

Criticano il richiamo alla buona fede anche, G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 87, il quale ritiene che il ricorso alla clausola di buona fede, per la sua vaghezza e di conseguenza, per l'eccessivo e svincolato potere che attribuisce ai giudici, rappresenti un limite della nuova disciplina; F. MACARIO, *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola negoziale?*, cit., p. 675, ritiene che in questo modo verrebbe svilita la portata della disposizione, la quale diverrebbe un duplicato della clausola di buona fede. Sottolinea, inoltre, che il riferimento alla buona fede, a causa della sua notevole ampiezza, finirebbe per rendere inaffidabile l'intervento giudiziale e costituirebbe in tal modo un serio limite all'applicazione dell'art. 9. Si perderebbe in tal modo la concretezza che il ricorso a criteri economici potrebbero garantire in misura maggiore. Al fine di offrire una differente lettura dello stesso art. 33 del codice del consumo, pare, in particolare doversi richiamare, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 351, dove si legge che, a ben vedere, andrebbe riletta anche la

disposizione attinente alle clausole vessatorie, attribuendo un significato diverso all'inciso "malgrado buona fede". Infatti, secondo l'A. anche in questo caso si potrebbe ritenere che a trovare applicazione sarebbe il principio di proporzionalità, e tale principio dovrebbe essere attuato secondo buona fede. Nello stesso senso anche F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 402 ss.

Come abbiamo ricordato in precedenza, alla clausola di buona fede inizialmente veniva attribuita unicamente la funzione di valutare le condotte tenute dalle parti, solo con il tempo è divenuta strumento di integrazione. Per quanto attiene poi al profilo delle conseguenze della sua violazione, in un primo momento si sosteneva che quest'ultima potesse determinare unicamente il sorgere dell'obbligo di risarcire il danno, solo successivamente si è arrivati a considerarla alla stregua di un vero e proprio inadempimento contrattuale, idoneo a giustificare la risoluzione del contratto. Si v. Cass., 20.04.94, n. 3775, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566. In dottrina, si rimanda a principio F. SANTORO PASSARELLI, *Dottrine generali del diritto civile*, Napoli, 1981, p. 171 ss.; V. TODARO, *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 579 ss. Sul rapporto tra la violazione di suddetta clausola generale e la validità del contratto, si v. G. D'AMICO, *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.* 2002, p. 37 ss., il quale richiama il tradizionale principio di non interferenza tra le regole di comportamento e quelle di validità, alla luce del quale non sarebbe possibile far conseguire l'invalidità alla violazione della regola di buona fede, potendo la stessa avere rilevanza solo sul piano risarcitorio. Secondo tale impostazione, le regole di validità attengono alla struttura della fattispecie contrattuale, e prevedono le condizioni che devono essere sussistenti affinché il contratto possa essere vincolante, mentre le regole di comportamento mirano ad assicurare la correttezza delle contrattazioni. L'A. conclude che in ogni caso tale visione deve essere superata al fine di arrivare ad un livello superiore di correttezza delle contrattazioni. Nello stesso senso, A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 278; A. D'ANGELO, P.G. MONATERI E A. SOMMA, *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005, *passim*; C. MIRIELLO, *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 284 ss. In particolare, a S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 235, afferma che non vi sarebbe impermeabilità tra le regole di comportamento e le regole di validità. Nella stessa direzione, E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, cit., p. 654, secondo la quale tale tesi troverebbe ulteriore fondamento nell'art. 36 del codice del consumo, nell'art. 3 della legge antitrust, nell'art. 7 del d.lgs n. 231/02. Chiaramente conseguirebbero implicazioni molto importanti dal ritenere che la violazione della clausola di buona fede possa determinare la nullità del contratto.

*Contra*, Cass., s.u., 19.12.07, n. 26725, in *Mass. gius. Civ.* 2007, p. 12, ha escluso che di per sé la violazione del canone di buona fede possa determinare la nullità del contratto, ribadendo la distinzione tra regole di comportamento e regole di validità. In dottrina, G. VETTORI, *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, cit., p. 62, il quale sostiene che vada rettificato l'orientamento secondo il quale la buona fede, potendo attraverso la sua violazione determinare la nullità del contratto, vada considerata come strumento prioritario per garantire la giustizia contrattuale. Tale soluzione secondo lo stesso sarebbe il frutto di un'erronea interpretazione delle pronunce giurisprudenziali in materia. Ben diversa, invece, potrebbe essere la portata da attribuire al criterio suggerito dall'art. 4:119 dei Principi del diritto europeo dei contratti. Nello stesso senso, F. CARINGELLA E G. DE MARZO, *Manuale di diritto civile. Il contratto*, Milano, 2007, p. 45.

Diversamente, altri ritengono che in relazione allo squilibrio economico ci si debba riferire all'equità. In questo senso, S. PAGLIANTINI, *Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 508. Altra dottrina, tra cui, A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 343, hanno precisato che in questa sede il richiamo all'equità deve essere inteso come materiale razionalità, come ragionevolezza. In particolare, si dovrà far riferimento a condizioni economiche quali le condizioni operate sul mercato e alle valore dei costi e ai guadagni. In tal senso, A. CERIDONO, *sub art. 9*, cit., p. 445. *Contra*, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 151. Vi è anche chi suggerisce, al fine di dare maggiore concretezza ai parametri di giudizio di far riferimento a criteri economici. In questo senso, G.

sembrerebbe preferibile richiamare un altro principio generale, del quale la buona fede risulta espressione, ovvero il principio di proporzionalità<sup>78</sup>, il cui rispetto richiede che il complessivo regolamento di interessi realizzi in concreto una giusta proporzione nell'ottica del bilanciamento degli interessi in gioco, a prescindere dal fatto che il valore delle prestazioni risulti oggettivamente equivalente.

---

COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 87, che richiama come possibili soluzioni al fine di dare maggiore concretezza alla disposizione, la *recovery period rule* la quale incentra i due parametri chiave della dipendenza economica – entità complessiva degli investimenti che rischiano di essere irrecuperabili, e il periodo di tempo necessario per il loro ammortamento – e la *duty rule* che impedisce ai contraenti di rinegoziare il contratto al solo fine di trarre vantaggio dal cambiamento di posizione del partner. In ogni caso per determinare quando siamo di fronte a condizioni eccessivamente gravose o discriminatorie si dice che non si può prescindere dall'esperienza applicativa della legge n. 287. In tal senso, A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, cit., p. 197.

Un'altra via che viene indicata è quella di rifarsi alla riflessione dottrinale che ha condotto all'emanazione dei Principi Unidroit, dove viene prevista una disposizione analoga all'art. 9 l. 192/98. (art. 3.10). Si deve ricordare che questi ultimi si applicano, come indicato nel preambolo, quando le parti hanno convenuto che il loro contratto sia da essi disciplinato oppure quando hanno previsto che il loro contratto possa essere regolato dai "principi generali del diritto", dalla "lex mercatoria" o simili. L'art. 3.10 "Eccessivo squilibrio" prevede che una parte può annullare il contratto o una sua singola clausola se, al momento della sua conclusione, il contratto o la clausola attribuivano ingiustificatamente all'altra parte un vantaggio eccessivo. Si devono considerare tra gli altri fattori: (a) il fatto che l'altra parte abbia tratto un ingiusto vantaggio dallo stato di dipendenza, da difficoltà economiche o da necessità immediate della prima parte, oppure dalla sua imperizia, ignoranza, inesperienza o mancanza di abilità di trattare, e (b) la natura e lo scopo del contratto. L'eccessivo vantaggio deve sussistere al momento della conclusione del contratto, nel caso in cui, invece, lo divenga inseguito troveranno applicazione l e disposizioni sull'*hardship*. Il commento ufficiale dell'art. 3.10 afferma che lo squilibrio che viene sanzionato deve essere così grande da colpire la coscienza di una persona ragionevole. Sul punto, si v. *I Principi Unidroit nella pratica*, a cura di J. Bonell, Milano, 2002, *passim*. Propone di richiamare in sede di applicazione dell'art. 9 l'elaborazione dottrinale sui principi Unidroit, G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 125. *Contra*, M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 149, critica tale concezione dal momento che anche a volere considerare tali principi fonte di diritto non si vede come possa essere a loro attribuito un ruolo preminente nella ricostruzione del sistema.

<sup>78</sup> In questo senso, P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 352 ss. Il principio di proporzionalità non tende a realizzare contrattazioni "giuste" nel senso che i termini dello scambio devono essere oggettivamente equivalenti, ma ad evitare sproporzioni ingiustificate tra le prestazioni. Si ripropone la tesi di P. PERLINGIERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, cit., p. 347.



## 5. Rifiuto di vendere o di comprare e interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto.

La norma di cui all'art. 9 della l. n. 192/98 prevede espressamente altre due ipotesi di abuso, che rieccheggiano le ipotesi di abuso di posizione dominate: il rifiuto di vendere o di comprare e l'interruzione arbitraria delle trattative<sup>79</sup>. La prima presuppone la sussistenza di relazioni commerciali in atto tra le parti, e quindi si riferisce ad un abuso che si realizza nella fase successiva all'esecuzione di un precedente contratto<sup>80</sup>. Rientrano in questa fattispecie quelle situazioni

---

<sup>79</sup> Il rifiuto di vendere e di comprare offrono vari punti di contatto con l'abuso di posizione dominante, potendo rappresentare una barriera di entrata, e, frequentemente sono finalizzati ad ottenere la conclusione del contratto a condizioni eccessivamente squilibrate a proprio favore.

In giurisprudenza, si v. Trib. Bari, 6.05.02, cit., p. 766: la Petrosino era titolare di due esercizi commerciali in cui veniva effettuata la vendita al dettaglio di capi di abbigliamento prodotti e venduti dalla Babini s.r.l. Dopo anni di rapporti commerciali svoltisi correttamente la Babini comunica alla Petrosino di non accettare una commessa, con la motivazione di volere privilegiare solo gli esercizi commerciali situati nel centro della città. Nel caso sussisteva un rapporto commerciale da oltre dieci anni e con un volume di affari rilevante. Sussisteva dipendenza economica in quanto la mancanza della merce prodotta e distribuita dalla Babini la Petrosino non opererebbe nella vendita al dettaglio o vi opererebbe a condizioni notevolmente differenti. In questo caso l'abuso si è realizzato mediante un duplice comportamento il rifiuto di vendere e l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto. Un caso di presunta interruzione arbitraria dei rapporti commerciali in atto viene trattato dal Tribunale di Bari nella causa Italfusi s.r.l. contro Natuzzi, in *Resp. civ.*, 2005, p. 605, sul quale prima si era pronunciato il giudice del cautelare in data 11.10.04 e successivamente il Tribunale del riesame in data 17.01.05, in *I Contratti*, 2005, p. 893. Nel caso in questione sussistevano rapporti contrattuali da circa vent'anni, in particolare la Italfusi produceva delle intelaiature in legno utilizzate dalla Natuzzi per la produzione di divani. La Italfusi aveva come committente unico pressoché la Natuzzi: le commesse della stessa infatti rappresentavano infatti il 100% del fatturato della Italfusi fino al 1994 e circa l'85% negli anni successivi. Inoltre ad avviso della Italfusi la produzione avveniva in conformità a progetti esecutivi o a prototipi forniti dalla committente e seguendo specifiche tecniche. In data 20.06.03 la Natuzzi comunica alla Italfusi di voler interrompere le relazioni contrattuali in atto. Allora Italfusi decide di rivolgersi al giudice affermando che il comportamento tenuto dalla controparte integri un abuso di dipendenza economica. Il giudice del cautelare con ordinanza del 11.10.04 respinge la richiesta e il tribunale del riesame in data 17.01.05 conferma il provvedimento.

<sup>80</sup> Se non venisse richiesta l'esistenza di pregressi rapporti tra le parti, la previsione finirebbe con l'essere eccessivamente limitativa della libertà contrattuale. G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 130; MAZZIOTTI DI CELSO, *sub. Art. 9*, cit., p. 252; G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, cit., p. 78. In questo senso, Trib. Bari ord. 6.05.02, cit. p. 2178. Non si rinviene giurisprudenza in tema di rifiuto di contrarre in mancanza di precedenti rapporti con le parti. Si deve però prendere atto che la prevalente dottrina ritiene che si possa verificare abuso di dipendenza economica per rifiuto di contrarre anche in assenza di precedenti rapporti contrattuali tra le parti. In questo senso, A. CERIDONO, *sub art. 9*, cit., p. 449; F. PROSPERI,

in cui il vincolo contrattuale viene unilateralmente risolto, mediante recesso, oppure, una volta concluso, non venga rinnovato<sup>81</sup>.

Per poter invocare la tutela prevista è necessario che l'interruzione delle relazioni commerciali, seppur legittima in relazione alle regole generali<sup>82</sup>, sia arbitraria<sup>83</sup>. Si potrebbe ritenere tale l'interruzione non sorretta da alcuna concreta giustificazione<sup>84</sup>, ma potrebbero venire in rilievo anche ulteriori elementi, come, ad esempio, le modalità temporali, l'assenza di alternative percorribili e i costi legati al loro reperimento<sup>85</sup>. Il problema temporale del recesso appare un aspetto molto importante per il fatto che, molto spesso, l'imprenditore – si pensi in particolare al subfornitore, ma lo stesso vale per il franchisee – per lo svolgimento di una determinata prestazione deve fare degli investimenti idiosincratici, e, di conseguenza, in caso di interruzione delle relazioni commerciali dovrà effettuare una riconversione, con costi spesso molto elevati. Lo stesso potrebbe valere per quelle ipotesi in cui, pur non avendo l'imprenditore sostenuto investimenti di questo tipo, abbia dovuto acquisire conoscenze specifiche non utilizzabili nei

---

*Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 639.

<sup>81</sup> L'art. 9 non trova applicazione laddove sia stato previsto un obbligo di concludere un successivo contratto – si pensi alle ipotesi di fissazione di minimi di acquisto – dal momento che, in questi casi, la parte potrebbe già avere adeguati strumenti di tutela predisposti per l'inadempimento contrattuale. In tal senso, tra gli altri, L. PRATI E A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 165.

F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 146, ritiene che il legislatore voglia far riferimento a quelle situazioni in cui, pur non essendovi alcun obbligo giuridico di continuare le relazioni contrattuali in corso, una parte cessi arbitrariamente di trattare. Deve però sussistere qualche condizione particolare che faccia considerare illecito un comportamento che di per sé è lecito. Secondo l'A. si vuole far riferimento a quelle situazioni in cui l'interruzione delle relazioni commerciali miri in realtà a far toccar con mano alla parte più debole il grado della sua dipendenza in modo da convincerla a trattare a condizioni meno vantaggiose.

<sup>82</sup> Si dice che dal punto di vista delle regole generali l'interruzione deve essere legittima, diversamente non si potrà far riferimento alla disposizione in questione, ma ai differenti strumenti previsti dalla disciplina generale in caso di inadempimento contrattuale. In questo senso, Trib. Bari ord. 22.10.04, in *Danno e resp.* 2005, p. 750.

<sup>83</sup> S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, cit., p. 440, manifesta preoccupazione in ordine a come verrà applicata siffatta disposizione e ritiene che di particolare rilevanza in sede di applicazione sarà il significato che verrà attribuito all'aggettivo arbitrariamente.

<sup>84</sup> Trib. Bari, 6.05.02, cit., p. 766, ha ritenuto illegittimo il rifiuto in quanto non sorretto da alcuna motivazione.

<sup>85</sup> M. TRECCANI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: i presupposti ed i rimedi*, cit., p. 716.

rapporti con diverse parti contrattuali: si pensi a determinate ipotesi di contratto di agenzia<sup>86</sup> o di collaborazione tra imprese.

Oppure, ancora, nei casi in cui il contratto preveda una clausola di esclusiva, come di regola avviene nell'ambito della somministrazione<sup>87</sup>. Per questa ragione, in alcuni casi, la legittimità del recesso, oltre che da una giusta causa, viene fatta dipendere anche dal tempo di preavviso che viene previsto<sup>88</sup> e dalla durata dei pregressi rapporti contrattuali<sup>89</sup>. Nel caso specifico del rifiuto di rinnovare il contratto, per valutare l'arbitrarietà dell'interruzione delle relazioni commerciali e, quindi, del mancato rinnovo del contratto, l'elemento da tenere in particolare considerazione dovrebbe essere quello dell'affidamento ingenerato nella controparte in ordine alla conclusione di ulteriori contratti<sup>90</sup>. Si può

---

<sup>86</sup> Sul contratto di agenzia si rimanda a M. TOMMASINI, *Regole contrattuali e tutela dell'agente di commercio*, Torino, 2002, *passim* A. BALDASSARRI, *Il contratto di agenzia*, Milano, 2003; G. ZUDDAS, *Il contratto di agenzia*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2005, *passim*.

<sup>87</sup> Il contratto di somministrazione non è necessariamente un contratto tra imprenditori, ma nella pratica di frequente viene utilizzato nei rapporti tra produttori, oppure tra produttori e distributori, realizzando così una forma di integrazione verticale. Sul contratto in questione si rimanda a O. CAGNASSO, *La somministrazione*, in *Obbligazioni e contratti*, vol. III, in *Trattato di diritto privato*, t. XI, diretto da P. Rescigno, Torino, 2000, p. 819 ss.; G. ZUDDAS, *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2003, p. 1 ss. In particolare frequentemente in caso di contratto di somministrazione viene previsto il patto di esclusiva a favore di una o entrambe le parti, in virtù del quale le parti non possono compiere prestazioni contrattuali a favore di soggetti diversi. Per ragioni di brevità, non ci si sofferma in questa sede sulla legittimità di questo patto alla luce della disciplina prevista dal codice civile all'art. 2596 c.c. e della normativa antitrust. Si rimanda sul punto a G. ENRIQUEZ, *I patti di non concorrenza e le clausole di esclusiva nei contratti di somministrazione*, in *Giur. It.*, 2000, p. 2262.

<sup>88</sup> A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 349, afferma che in questi casi c'è l'ulteriore problema del fatto che di frequente il subfornitore effettua investimenti, c.d. ideosincratici, e che in questi casi il tempo richiesto per il preavviso deve essere determinato in relazione ai costi di riconversione degli stessi. Il Trib. Roma con ordinanza 5.11.03 nega che possa integrare abuso di dipendenza economica la situazione in cui un'impresa per oggettiva necessità di riorganizzazione aziendale, il diritto di recesso venga esercitato con un preavviso di 12 mesi e non di 24, non integra un'arbitraria interruzione delle relazioni commerciali in atto.

<sup>89</sup> In relazione a quest'ultimo profilo, nella valutazione si dovrà tenere in considerazione, in particolare, se l'interruzione sia avvenuta dopo che le relazioni commerciali abbiano avuto una durata tale da consentire all'imprenditore di recuperare gli investimenti effettuati.

<sup>90</sup> Si dice che in alcuni casi l'affidamento è in *re ipsa*: si pensi ai casi in cui la parte abbia dovuto affrontare cospicui investimenti per la stipulazione del precedente contratto e la durata del rapporto contrattuale non sia tale da consentire di recuperare i capitali. G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 131, ritiene che si possa verificare un'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto laddove tra le parti si siano instaurati una serie di rapporti sistematicamente disciplinati in base alle intese normative tra essi intervenute così fitti e regolari da

pensare alle ipotesi in cui per l'esecuzione della prestazione, la parte abbia dovuto dotarsi di specifici macchinari il cui costo non viene smaltito nel corso dell'esecuzione del rapporto commerciale.

Le riflessioni condotte fanno comprendere la rilevanza effettiva dell'applicazione dell'art. 9 anche al di fuori dei casi di subfornitura: ad esempio, può essere interessante interrogarsi se il franchisee e il concessionario abbiano diritto al rinnovo del contratto<sup>91</sup>. In questa ipotesi, potrebbe configurare abuso di dipendenza economica, il comportamento del franchisor che, concluso il rapporto contrattuale, rifiuti senza concrete giustificazioni il rinnovo del contratto; oppure il rifiuto che, seppur sorretto da una valida giustificazione, non pervenga al franchisee in un termine congruo, tale da consentirgli di riconvertire gli investimenti effettuati.

La circostanza della sussistenza di rapporti contrattuali in atto, differenzia l'ipotesi appena analizzata da quella del rifiuto di vendere e di comprare, che, invece, opera nella fase precontrattuale<sup>92</sup>. Anche in relazione a questa situazione, si ritiene necessario che il rifiuto non sia sorretto da una valida giustificazione, come potrebbe essere quella dell'impossibilità economica di soddisfare la domanda.

Non prevedendo poi la disposizione delle ipotesi tassative in cui si può concretizzare l'abuso, si possono ipotizzare anche differenti comportamenti che possono risultare vietati dalla norma in esame: potrebbe essere ritenuto abusivo, ad esempio, il rifiuto di rinegoziare il contenuto del contratto, allorquando, a causa di mutamenti intervenuti nel mercato, la regolamentazione raggiunta in precedenza sia divenuta squilibrata. In questo modo, indipendentemente dal riconoscimento di un generale obbligo di rinegoziazione, auspicato da più parti, si potrebbe

---

determinare la nascita di un affidamento nella conclusione di ulteriori contratti con la cadenza e le modalità originariamente seguite.

In particolare, Trib. Bari ord. 22.10.04, cit., p. 750, aveva escluso la sussistenza di un abuso di dipendenza economica, non ritenendo che vi potesse essere un legittimo affidamento, in un caso in cui gli investimenti erano stati effettuati in un'epoca lontana dalla scadenza del contratto e vi era già stato l'ammortamento delle spese.

<sup>91</sup> Solleva questo dubbio, A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, cit., p. 196.

<sup>92</sup> F. BORTOLOTTI, *I contratti di subfornitura*, cit., p. 146; A. MUSSO, *La subfornitura*, cit., p. 517.

fornire tutela all'imprenditore, laddove non potesse trovare applicazione l'art. 1467 c.c.<sup>93</sup>, oppure in alternativa allo stesso.

Potrebbe, poi, essere ritenuta abusiva anche la violazione degli obblighi di informazione imposti dalle parti, oppure dal legislatore. Questa soluzione, potrebbe garantire una maggiore tutela alla parte che, diversamente, salvo in alcune ipotesi<sup>94</sup>, in questi casi potrebbe ricorrere

---

<sup>93</sup> Come sappiamo in relazione ai contratti corrispettivi ad esecuzione continuativa o periodica o differita alla luce di quanto previsto dall'art. 1467 c.c. ciascuna delle parti assume il rischio del verificarsi di eventi che alterino il valore delle prestazioni. Solamente nel caso in cui la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa per il verificarsi di avvenimenti straordinari e imprevedibili la parte può domandare la risoluzione del contratto, sempre che tale variazione non rientri nell'alea normale del contratto. Ferma restando la possibilità della riconduzione del contratto ad equità. L'ordinamento prevede poi alcune specificazioni rispetto a questo principio: si pensi all'art. 1664 c.c., in tema di appalto, oppure all'art. 1623 c.c., in tema di affitto. In particolare, l'art. 1664 c.c. consente la possibilità di chiedere la revisione del prezzo, nell'ipotesi prevista dal comma 1, e un equo compenso, nell'ipotesi del comma 2, in presenza di determinate variazioni del valore delle prestazioni contrattuali. Nondimeno, tali possibilità sono subordinate al verificarsi di presupposti molto stringenti: si richiede, infatti, che la variazione di valore della prestazione sia dovuta a circostanze imprevedibili, nel caso del comma 1, e non previste, nel caso del comma 2. Inoltre, il comma 1 prevede che la revisione del prezzo possa essere consentita solo per le differenze che eccedano il decimo, e il comma due fa riferimento al fatto che le difficoltà di esecuzione debbano rendere notevolmente più onerosa la prestazione. Nondimeno, anche in caso di appalto stipulato tra imprenditori, si potrebbe ipotizzare l'applicazione dell'art. 9 della l. 192/98 in quei casi in cui non sia possibile il ricorso all'art. 1664 c.c., oppure laddove la parte ritenga preferibile ricorrere a detti strumenti di tutela.

<sup>94</sup> Vi sono differenti disposizioni che prevedono obblighi informativi alla cui violazione vengono ricondotte sanzioni: l'art. 8 della l. in materia di franchising prevede l'annullabilità del contratto ex art. 1439 c.c. e la possibilità di chiedere il risarcimento del danno nel caso in cui il franchisor fornisca al franchisee informazioni false. Disposizione che non sembrerebbe apparentemente introdurre alcuna novità rispetto a quanto previsto in generale dal codice civile all'art. 1349 c.c., a meno di non interpretare la disposizione nel senso di consentire l'annullabilità del contratto anche nel caso di dolo incidente e non solo di dolo *causam dans*. Soluzione che parrebbe essere quella preferibile al fine di non rendere la disposizione un'inutile ripetizione della disciplina generale. In tal senso A. DI BIASE, *La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l'abuso di dipendenza economica*, in *Eu. e dir. priv.*, 2007, p. 827 ss., il quale però sottolinea che ciò solo a condizione che effettivamente le false informazioni abbiano influito in qualche modo, anche se non in modo determinante, sulla formazione del consenso. La disposizione relativa alla dipendenza economica potrebbe trovare applicazione in relazione a quelle ipotesi di inesattezze o carenze di informazioni che non giustificano l'esperibilità di tali rimedi.

Una tutela ancora più intensa viene fornita dagli artt. c.c. 1892 e 1893 c.c., dettati in materia di contratto di assicurazione e applicabili anche in caso di contratto di riassicurazione, contratto necessariamente tra imprenditori, che trovano la loro *ratio* nel fatto che, per poter valutare i rischi, la parte deve essere a conoscenza di determinate circostanze. Tali disposizioni prevedono, in caso di dichiarazioni inesatte o reticenti del contraente, relative a circostanze tali che se l'assicuratore avesse conosciuto il vero stato delle cose non avrebbe dato il suo consenso o non lo avrebbe dato alle medesime condizioni, l'annullabilità del contratto quando il contraente ha agito con dolo o colpa grave, e la facoltà di recedere dal contratto, se il contraente ha agito senza dolo o colpa grave.

unicamente alle disposizioni generali dettate in tema di annullabilità del contratto per dolo o errore.

Infine, riferendoci al contratto di agenzia, potrebbe essere considerato abusivo il reiterato ingiustificato rifiuto da parte del preponente di accettare le proposte contrattuali a lui pervenute in virtù dell'attività svolta dall'agente<sup>95</sup>. Chiaramente in quest'ultimo caso, l'interesse della parte non verrà probabilmente realizzato facendo accertare la nullità del contratto, ma piuttosto ricorrendo allo strumento dell'azione inibitoria.

In ultimo, parrebbe potersi concludere che, così come il riferimento al termine "abuso" ci suggerisce, le ipotesi di abuso di dipendenza economica potrebbero essere tutte ricondotte alla figura dell'abuso di diritto<sup>96</sup>, inteso come esercizio di una situazione soggettiva

---

<sup>95</sup> La sistematicità del rifiuto potrà, diversamente, rilevare quale giusta causa di recesso dell'agente nel caso di contratto a tempo indeterminato. Il timore può essere anche un altro: il preponente potrebbe volersi "liberare" di un agente e il rifiuto sistematico di concludere gli affari da lui proposti potrebbe rappresentare una diversa via rispetto al recesso. In questo senso: Cass., 3.3.77, n. 1295, in *Mass. giur. it.*, 1977, c. 310; Cass., 10.03.75, n. 1340, in *Mass. giur. it.*, 1975, c. 366. Manifesta queste preoccupazioni anche E. SARACINI, *L'obbligo a contrarre del preponente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, p. 255, il quale però afferma che "Non si vede perché il primo (il preponente) dovrebbe cercare di raggiungere il suo scopo attraverso la strada del rifiuto sistematico, onde portare il secondo alla disperazione e costringerlo a recedere: strada tortuosa e anche pregiudizievole, in primo luogo perché a ogni affare rifiutato corrisponde un prezzo non riscosso, in secondo luogo perché il preponente finirebbe ugualmente per pagare le provvigioni".

<sup>96</sup> Sulla tematica dell'abuso, si v. S. ROMANO, voce *Abuso di diritto*, in ED, vol. I, Milano, 1958, p. 166 ss., che afferma che il criterio in base al quale determinare quando vi è abuso di diritto è quello della funzione, considerata nel necessario rapporto di corrispondenza tra il potere di autonomia conferito al soggetto e l'atto di esercizio di questo potere. Il mancato esercizio o il non esercizio secondo criteri diversi da quelli imposti dalla natura della funzione può considerarsi abusi in relazione a quel potere. Non si può in ogni caso parlare di abuso di diritto nei casi in cui si esorbita da precisi limiti di esercizio dal momento che in questi casi non vi sarebbe alcun diritto. V. GIORGIANNI, *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963, *passim*; P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 205 ss.; ID, *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998, *passim*; F. BIGLIAZZI GERI, voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., 1988, p. 187, lo identifica in un comportamento che, seppur rispondente al contenuto formale e sostanziale di un diritto, in concreto si sia determinato a prescindere da un interesse altrui, che il sistema pone in funzione di limite, incidente non sul quantum, ma sul come del diritto stesso. Si v. anche, C. SALVI, voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, p. 1 ss.; S. PATTI, voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1989, p. 1 ss.; D. MESSINETTI, voce *"Abuso del diritto"*, in *Enc. dir., aggiornamento*, II, Milano, 1998, p. 1 ss.; M. BARALDI, *Le "mobili frontiere" dell'abuso di diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura del credito a tempo determinato*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 931, sottolinea che tradizionalmente si distingue tra eccesso del diritto e abuso del diritto andando a sostenere che nel primo caso il soggetto andrebbe a porre in essere un atto che esorbita dai poteri che gli vengono concessi, mentre nel caso di abuso, il soggetto, pur muovendosi nell'ambito dei poteri a lui conferiti, li

in modo contrario o comunque estraneo alla sua funzione<sup>97</sup>, dal momento che i comportamenti abusivi, come abbiamo visto, si sostanziano in forme di esercizio distorto dell'autonomia privata<sup>98</sup>.

---

eserciterebbe in modo illecito. P. PERLINGIERI, *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2003, p. 44, distingue tra abuso ed eccesso della situazione soggettiva, affermando che l'abuso è l'esercizio contrario o comunque estraneo alla funzione della situazione soggettiva, mentre l'eccesso consiste nell'esercizio di un potere mancante o nel travalicamento dei limiti imposti all'esercizio del potere. Si v., anche, G. MERUZZI, *L'exceptio doli*, Padova, 2005, p. 323 ss., al quale si rimanda anche per una panoramica sulle diverse concezioni di abuso di diritto. L'A., in particolare, sottolinea la necessità di utilizzare tale nozione al di là delle ipotesi codicistiche, che nello stesso trovano fondamento.

Tale distinzione viene però negata da molti, tra i quali, F. SANTORI PASSARELLI, *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1964, p. 74, il quale sottolinea che il diritto soggettivo incontrerebbe dei limiti interni, in particolare il principio di solidarietà, alla luce dei quali la figura dell'abuso del diritto dovrebbe essere espunta dal nostro ordinamento, arrivando il diritto soggettivo fin dove comincia l'azione della solidarietà. In questo modo si arriverebbe in buona sostanza a negare la stessa esistenza dell'abuso di diritto.

In particolare è stata oggetto di indagine la questione relativa alla possibilità di configurare l'abuso di una libertà, e in particolare dell'autonomia privata. Diversamente, a meno di non voler configurare quest'ultima come un diritto soggettivo, si arriverebbe a negare la possibilità di parlare propriamente di abuso di autonomia privata. In senso affermativo, P. RESCIGNO, *L'abuso del diritto*, cit., p. 234, dove viene sottolineato che se l'esercizio del diritto si compie è evidente che non si può limitare il profilo dell'abuso ai soli diritti, siccome prerogative destinate ad incidere su situazioni in corso d'effetto, ed escludere le libertà che riguarderebbero la creazione di nuove situazioni. A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 324. In particolare, in relazione all'abuso di autonomia privata, G. AMADIO, *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 256 ss.

<sup>97</sup> Sostengono che la disposizione andrebbe inserita nell'ambito dell'abuso di diritto, tra gli altri, A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 320; G. GIOIA, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 675, secondo il quale la più recente giurisprudenza utilizza l'abuso di diritto come una forma di valutazione delle condotte con esclusione o repressione di quelle che non vengono ritenute meritevoli, in base a parametri sviluppatasi nel contesto sociale in collegamento con altre clausole generali, come quella di correttezza e buona fede. Si v., M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 88, il quale dice che l'abuso di dipendenza economica deve essere visto come l'abuso del diritto nell'esercizio dell'autonomia privata di un contraente verso l'altro. Nello stesso senso, F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 665 ss, dove, in nota, viene evidenziato che il problema si pone soprattutto in relazione al rifiuto di vendere o di comprare, ipotesi, queste, dove non si potrebbe ravvisare l'abuso di un diritto soggettivo.

*Contra*, A. MARIANI, *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, cit., p. 116, secondo il quale le due figure sarebbero differenti dal momento che l'abuso di diritto ricorre quando si esercitano diritti soggettivi in contrasto con la buona fede per fini non meritevoli di tutela, mentre l'abuso di dipendenza economica non si realizza tramite l'esercizio di un diritto. In tal senso, particolare appare la posizione di D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *I contratti*, 2003, p. 625, ritiene che se l'abuso di dipendenza economica rappresenti un'ipotesi di abuso dell'autonomia contrattuale: se c'è abuso di autonomia contrattuale infatti il contratto è nullo e il diritto non esiste; diversamente se c'è abuso di diritto il contratto è valido e il diritto esiste, ma eccezionalmente l'esercizio dello stesso è inefficace allorquando il singolo atto di esercizio dello stesso sia abusivo. Per quanto attiene alla nozione di abuso di diritto,

## 6. Rimedi.

Per quanto attiene alle conseguenze previste in caso di violazione del divieto di abuso di dipendenza economica, il comma 3 dell'art. 9 l. 192/98, prevede la nullità del patto attraverso il quale si realizza l'abuso<sup>99</sup>.

Anche se il legislatore non si esprime in modo esplicito in tal senso, tenuto conto che la disposizione parla di nullità del "patto", e considerata la finalità di protezione, pare doversi ritenere si tratti di un'ipotesi di nullità parziale<sup>100</sup>, colpendo non l'intero contratto, ma

---

come sappiamo, nel nostro ordinamento, a differenza che in quello tedesco, manca una norma espressa che faccia riferimento al concetto di abuso del diritto e che lo sanzioni. Richiama questo aspetto, B. GRAZZINI, *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Milano, 2008, p. 51 ss.

<sup>98</sup> Non a caso, laddove alla base degli stessi fosse possibile rinvenire una qualche giustificazione, sarebbero legittimi, dal momento che l'esercizio della libertà contrattuale risponderebbe alla funzione che le è propria. Tradizionalmente il parametro di valutazione dell'abusività del comportamento viene individuato nella buona fede, dal momento che il comportamento abusivo condotte vengono tipicamente considerate espressione di mala fede. In tal senso, M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 88 ss.; F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, cit., p. 668 ss.

<sup>99</sup> In particolare, A. BARBA, *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, cit., p. 553, sostiene che l'accordo sia nullo per contrarietà all'ordine pubblico economico. Diversamente, M.A. LIVI, *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, cit., p. 210, afferma che si tratti di un'ipotesi di nullità per violazione di una norma imperativa, essendo riconducibile nell'ambito dell'art. 1418 c.c.

<sup>100</sup> A. MAZZIOTTI DI CELSO, *sub. Art. 9*, cit., p. 256. M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, cit., p. 158, la quale sostiene che l'ambito colpito dalla nullità non può che essere selezionato a partire dalla finalità della norma, che è quella di evitare che si verifichi un abuso. Nello stesso senso, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 236 ss.; M.A. LIVI, *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, cit., p. 212; C. NATALI, *Abuso di dipendenza economica e "debolezza" relativa all'impresa subfornitrice*, cit., p. 899, afferma che l'opposta soluzione sarebbe inopportuna tenuto conto che l'imprenditore spesso volte realizza importanti investimenti per lo svolgimento della prestazione, che in questo modo rischierebbe di perdere. In particolare, ritiene possibile arrivare alla conclusione della nullità parziale sulla base di un complessivo esame del sistema, A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1186, secondo il quale la comunanza di fondamento di una serie di previsioni che escludono che la nullità di una clausola si estenda all'intero contratto – si pensi all'art. 117, comma 6, e 124, comma 4, del d.lgs. n. 385/93 in relazione ai contratti bancari e finanziari, all'art. 1419 c.c. – portano a ritenere che le norme in questione non siano eccezionali e quindi che possano essere applicate analogicamente ad altre fattispecie nelle quali la parità sostanziale tra i contraenti non può che realizzarsi mediante la conservazione del contratto depurato da quella parte del suo contenuto che è colpita da nullità. L'A. però arriva a concludere che questa costatazione non risulta tanto il presupposto per poi procedere all'applicazione analogica di una di quelle disposizioni che limitano la nullità alla singola clausola, ma esprime un'esigenza di razionalità del sistema, il



solamente parte del suo contenuto<sup>101</sup>. Deve, tuttavia evidenziarsi che, estendendosi la valutazione anche ad un sindacato sul corrispettivo o sull'oggetto del contratto, può frequentemente accadere che la nullità vada a investire clausole "essenziali"<sup>102</sup>, senza le quali il contratto rimarrebbe privo della propria consistenza strutturale<sup>103</sup>. In questi casi, in mancanza di una norma che sostituisca di diritto la disposizione, si porrebbero problemi di conservazione del regolamento contrattuale<sup>104</sup>,

---

quale, ogni qual volta la tutela degli interessi tutelati lo esiga, esclude l'estensione dell'invalidità all'intero negozio, a prescindere da ogni considerazione sull'ipotetica volontà delle parti. Di conseguenza la finalità protettiva della disposizione giustifica il carattere soltanto parziale della nullità. Alcuni, sulla base del parallelismo tra questa disposizione di protezione e la disciplina dettata a tutela dei consumatori, sono arrivati ad ammettere che si tratti di nullità parziale in base all'applicazione in via analogica della disciplina prevista a tutela dei consumatori in virtù di un supposto principio generale. Tra questi, F. FALCO, *Art. 6 "Nullità di clausole"*, in *Materiali e commenti del nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 715 ss. Alla medesima soluzione arrivano anche coloro che affermano che in questo senso si porrebbe anche la disposizione relativa all'interpretazione secondo buona fede. Tra questi, C. NATALI, *Abuso di dipendenza economica e "debolezza" relativa all'impresa subfornitrice*, cit., p. 899. In questo senso, B. GRAZZINI, *sub. art. 9 Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 19, secondo la quale si tratta di una nullità di protezione e di conseguenza si deve escludere che possa estendersi all'intero contratto. Sulla nuova funzione che viene ad avere la nullità parziale come strumento di riequilibrio, si v. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 3. Nel senso di riconoscere la possibilità di applicare le disposizioni generali in tema di nullità, D. MAFFEIS, *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, cit., p. 80; R. RINALDI e F. TURRITO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 144. Si deve però prendere atto che laddove si ritenessero applicabili le disposizioni generali previste in tema di nullità, e in particolare l'art. 1419 c.c., si arriverebbe alla conclusione che molto spesso la nullità della singola clausola finirebbe con il determinare la nullità dell'intero contratto. Soluzione che parrebbe in contrasto con l'interesse tutelato dalla disposizione, ovvero quello dell'imprenditore debole, il quale, avendo spesso sostenuto ingenti investimenti al fine di eseguire la prestazione, verrebbe pregiudicato dall'interruzione del rapporto contrattuale.

<sup>101</sup> La legge sulla subfornitura ricorre in diverse occasioni allo strumento della nullità parziale, proprio al fine di realizzare l'interesse del subfornitore alla continuazione del rapporto contrattuale in atto: si pensi all'art. 6 della l. n. 192/98 che prevede la nullità di determinate clausole.

Un'altra disposizione che, pur determinando la nullità dell'intero contratto, mira a garantire tutela al subfornitore è l'art. 2 della l. 192/98 che prevede che in caso di nullità per mancato rispetto dei requisiti di forma, il subfornitore abbia comunque diritto al pagamento delle prestazioni già effettuate e al risarcimento delle spese sostenute in buona fede ai fini dell'esecuzione del contratto.

<sup>102</sup> Viene osservato anche che in questi casi non parrebbe facile isolare la singola clausola dalla restante parte del regolamento negoziale. In tal senso, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 235.

<sup>103</sup> Si v. A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 36 ss, il quale, in ogni caso riconosce che la distinzione tra clausole essenziali e accidentali non sia comunque determinante laddove si debba riflettere sull'estensione della nullità in caso di clausole accidentali.

<sup>104</sup> In relazione alla nullità parziale e al problema della conservazione del contratto si rimanda a A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., *passim*, e in particolare, in relazione alla nullità del patto che realizza l'abuso di dipendenza economica a p. 233 ss.

che potrebbe garantirsi solo riconoscendo in capo al giudice il potere di integrare il contenuto mancante<sup>105</sup>. In questa direzione, può riflettersi sulla possibilità che la disposizione in esame sia espressione del medesimo principio alla base dell'art. 7, d.lgs n. 231/02, che consente espressamente al giudice, anche d'ufficio, di rinegoziare i termini dello scambio<sup>106</sup> ovvero del principio di proporzionalità, che in questo caso verrebbe in rilievo in funzione integrativa del regolamento contrattuale<sup>107</sup>. Più in generale parrebbe, infatti, doversi sostenere che le nuove figure di nullità si caratterizzino per non avere finalità demolitoria, ma conformativa del regolamento di interessi predisposto rispetto alla norma<sup>108</sup>.

Dal momento che il legislatore non precisa neppure a chi spetti la legittimazione attiva, si pone anche il problema di comprendere se debbano trovare applicazione le disposizioni generali, e quindi la legittimazione spetti a chiunque ne abbia interesse, oppure se si tratti di

---

<sup>105</sup> In particolare, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 237 dice che il rimedio postula che per attuare l'interesse protetto è necessario che il giudice possa integrare il contenuto del contratto, riconducendolo ad equità. Affrontano il problema, G. VILLA, *Invalidità e contratti tra imprenditori*, cit., p. 131, G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 92 ss., in particolar e a p. 94, dove l'a, in relazione all'ipotesi in cui la clausola nulla sia relativa al contenuto del contratto, conclude che si dovrebbe concludere per la determinazione del contenuto ci si dovrebbe rifare a criteri e fonti extracontrattuali.

In ordine all'applicazione in questo caso dell'art. 1374 c.c., viene da alcuni osservato che di regola lo stesso opera in una fase fisiologica e non patologica. In questo senso, M. C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, p. 120 ss., evidenzia le differenze tra l'integrazione prevista dagli artt. 1374 c.c. e la modalità di correzione del contratto prevista dall'art. 7 del d.lgs n. 231/02. Manifesta qualche perplessità anche A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 258 il quale sottolinea che l'ordinamento distingue tra lacune originarie e sopravvenute e consente l'operare dei meccanismi di integrazione ex art. 1374 c.c. solo nel primo caso. Nondimeno, infine conclude che pare ormai che nel sistema vi siano elementi sufficienti per poter sostenere l'ammissibilità della sostituzione delle clausole invalide con norme dispositive. Si pensi all'art. 1815 c.c.; all'art. 1284 c.c.; all'art. 7 del d.lgs. n. 231/02; all'117 comma 8 del T.U.F.

<sup>106</sup> E. NAVARRETTA, *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in G. Gitti e G. Villa, *Il terzo contratto*, cit., p. 324 ss.

<sup>107</sup> Sul ruolo svolto dal principio di proporzionalità in relazione al sistema delle invalidità, si v., F. CRISCUOLO, *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004, p. 200.

<sup>108</sup> In questo senso, V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 849, sostiene che nullità e inefficacia, alla luce delle trasformazioni avvenute nell'ordinamento, debbono funzionare come "rimedi di regolamento, ossia da idonei strumenti di gestione e controllo del momento programmatico e regolamentare del contratto, in funzione non solo demolitoria o dissuasiva, ma anche e soprattutto conformativa e costruttiva del profilo prescrittivo dell'agire privato".

un'ipotesi speciale<sup>109</sup>. La prima soluzione si mostrerebbe in palese contrasto con la ratio posta alla base della norma, per essere la nullità rilevata anche dal contraente destinato ad essere favorito dalla clausola illecita<sup>110</sup>. Pertanto, dal momento che la disposizione è finalizzata a tutelare un interesse particolare dell'imprenditore debole, appare preferibile rimettere a quest'ultimo la scelta in ordine alla conservazione del vincolo, interpretando l'art. 9 come un'ipotesi di nullità relativa, rilevabile dalla parte debole oppure d'ufficio dal giudice nell'interesse di questa<sup>111</sup>. Alla luce delle considerazioni svolte, pertanto, la nullità in

---

<sup>109</sup> Come avremo modo di verificare meglio inseguito, in alcuni casi il legislatore riconosce espressamente la legittimazione a far valere la nullità solamente in capo a determinati soggetti nel cui interesse è prevista la nullità (c.d. nullità relativa), che, tradizionalmente, viene considerata un'eccezione in virtù di un'interpretazione letterale dell'art. 1421 c.c. il quale afferma che la legittimazione a far valere la nullità è assoluta salvo che la legge disponga diversamente. La medesima conclusione veniva giustificata anche alla luce del fatto che la nullità veniva considerata uno strumento posto esclusivamente a tutela di interessi superindividuali. Il panorama però è mutato a seguito dei numerosi interventi a livello comunitario volti a introdurre ipotesi di nullità di protezione che sono nullità relative: si pensi all'art. 127 del d.lgs. n. 385/93 che espressamente prevede che la nullità possa essere rilevata esclusivamente dal cliente; all'art. 23 comma 3, all'art. 24 comma 2 e all'art. 30 del d.lgs. n. 58/98 che prevedono espressamente che la nullità possa essere fatta valere solamente dal cliente. In alcuni casi il legislatore espressamente indica che solamente la parte destinataria della tutela può far valere la nullità, mentre in altri casi, seppur ciò non sia espressamente sancito, ciò si deve desumere dalla finalità che la norma mira a garantire. Si pensi all'art. 36 del Codice del consumo che si limita a dire che le clausole vessatorie sono nulle mentre il contratto rimane valido; oppure all'art. 3 della l. n. 129/2004 in tema di franchising che prevede la nullità del contratto nel caso in cui non sia redatto per iscritto; oppure all'art. 7 del d.lgs. n. 231/02 che prevede in determinate circostanze la nullità del patto che risulti gravemente iniquo in danno al creditore.

In un secondo momento avremo anche occasione di soffermarci sul fatto che la natura relativa della nullità non ne esclude la rilevabilità d'ufficio, dal momento che nei casi in cui l'interesse tutelato dalla norma fosse un interesse particolare, il giudice potrebbe intervenire d'ufficio solamente al fine di tutelare siffatto interesse. In questo senso, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 100 ss.

<sup>110</sup> G. VILLA, *Invalidità e contratti tra imprenditori*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 134, afferma che in questo modo si consentirebbe al contraente dominante di sottrarsi ad un impegno contrattuale di cui si è pentito. Cosa che desta perplessità se si considera che proprio tra le ipotesi di abuso il legislatore ricomprende proprio l'interruzione ingiustificata delle trattative.

<sup>111</sup> Ritengono che le ipotesi di nullità relativa non debbano essere considerate come eccezioni: G. PASSAGNOLI, *Nullità speciali*, cit., p. 191 e *passim*, capovolgendo la ricostruzione in termini di eccezionalità delle previsioni di nullità relativa e, proponendosi di configurare, sul piano generale, una figura di nullità caratterizzata da una legittimazione ristretta a farla valere, giunge a delineare la categoria delle nullità c.d. speciali. In questo modo sarebbe possibile estendere la legittimazione relativa a far valere la nullità a tutte le ipotesi accomunabili per identità di *ratio*. Altri, M.A. LIVI, *Le nullità*, cit., p. 222, sono arrivati alla medesima conclusione sostenendo che la previsione di un'ipotesi di nullità relativa non presupporrebbe necessariamente un'espressa previsione in tal senso, ma potrebbe anche essere desunta dalla ratio della disposizione.

Manifesta delle perplessità nei confronti della figura della nullità relativa, R. QUADRI, *"Nullità" e tutela del "contraente debole"*, cit., p. 1189, dove afferma che

questione deve essere fatta rientrare di buon grado tra le ipotesi di nullità di protezione introdotte dalla disciplina comunitaria, con i caratteri della parzialità e della relatività<sup>112</sup>.

La formulazione originaria della norma prevedeva unicamente la sanzione della nullità; sicché da più parti si osservava l'inidoneità di questo strumento a tutelare gli interessi della parte debole in presenza di comportamenti abusivi di fatto, come il rifiuto di vendere o di comprare, oppure l'interruzione arbitraria delle relazioni commerciali in atto<sup>113</sup>. La riforma attuata nel 2001, al fine di colmare la precedente lacuna, ha introdotto espressamente il rimedio dell'inibitoria e quello del risarcimento del danno<sup>114</sup>. Tuttavia, quest'ultimo strumento, in caso di comportamenti abusivi di fatto, non sarebbe molto appetibile e non

---

“L'approfondimento di alcune rilevanti fattispecie ha mostrato come, nonostante le invocazioni della legittimazione relativa a far valere la « nullità » quale strumento di effettiva tutela del « contraente debole », nelle medesime si celino esigenze più generali di « tutela del mercato »; esigenze che, per lo più, risulterebbero frustrate da una sanzione di nullità relativa, la quale ultima comporterebbe, in particolare, il rischio di una precarietà contrattuale tale da attentare alla stabilità del mercato stesso”.

*Contra*, L. PRATI E A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 169, ritengono che si tratti di un'ipotesi di nullità assoluta, R. QUADRI, “Nullità” e tutela del “contraente debole”, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1183 ss., in virtù del fatto che seppur attraverso la mediazione dell'interesse particolare del contraente a non subire abusi, la disposizione persegue la finalità preminente di tutelare la funzionalità e la stabilità del mercato, e, pertanto, risponde a un interesse generale.

<sup>112</sup> In senso critico sulla ricostruzione di una categoria unitaria della nullità di protezione, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 108 ss., il quale sottolinea che tale costruzione sottovaluta le peculiarità che caratterizzano ciascuna disciplina settoriale. Sul sistema delle invalidità nell'ambito del diritto europeo, si v., V. SCALISI, *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, cit., p. 843 ss.

<sup>113</sup> In tal senso, A. PALMIERI, *Abuso di dipendenza economica: dal “caso limite” alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, in *Foro it.*, 2002, p. 3209 ss., M.A. LIVI, *Le nullità*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, cit., p. 211, l'A. in questo caso sostiene che la nullità deve essere intesa come contrarietà alle norme imperative, e quindi *contra ius*, dando così luogo all'esperibilità dei rimedi della responsabilità precontrattuale o extracontrattuale o per inadempimento di un'obbligazione, a seconda dei casi. D. CONSERVA, *La subfornitura*, cit., p. 391; L. PRATI E A. CARDINI, *I rapporti di subfornitura*, cit., p. 168, sostenevano che si potesse far riferimento allo strumento della responsabilità extracontrattuale, fermo però l'obbligo della parte danneggiata di provare il danno subito e il dolo o la colpa del danneggiante. Inoltre, sostenevano che in caso di rifiuto di contrarre, in presenza di determinate condizioni, potesse dar luogo a comportamenti contrari ai doveri imposti dalla correttezza professionale e come tali integrare atti di concorrenza sleale ai sensi dell'art. 2598, n. 3, c.c. Responsabilità precontrattuale, se vi era stato un inizio di trattative seguite da un'interruzione arbitraria. Si diceva infine che poteva essere utilizzato lo strumento previsto dall'art. 2932 c.c., in questo senso G. NICOLINI, *Subfornitura e attività produttive*, cit., p. 133 ss.

<sup>114</sup> In caso di risarcimento del danno, la natura della responsabilità varierebbe a seconda dei casi: nel caso di rifiuto di vendere o di contrarre, si tratterebbe di responsabilità precontrattuale, nei restanti casi di responsabilità contrattuale.

ripagherebbe la parte degli investimenti effettuati, dal momento che, trattandosi di responsabilità precontrattuale, il danno sarebbe risarcibile nei limiti dell'interesse negativo<sup>115</sup>.

In relazione alle ipotesi di al rifiuto di vendere e di comprare o di interruzione arbitraria delle trattative, si pone anche il problema se la disposizione sull'abuso di dipendenza economica possa essere considerata fonte di un obbligo di stipulare il contratto<sup>116</sup>. La soluzione affermativa, ampliando notevolmente la tutela per l'imprenditore debole, porterebbe a conseguenze radicali: in mancanza delle condizioni giustificative dell'interruzione dei precedenti rapporti contrattuali, in capo alla parte sorgerebbe un obbligo di rinnovare il contratto, il cui inadempimento darebbe luogo non più a responsabilità precontrattuale, ma alla ben più incisiva responsabilità contrattuale<sup>117</sup>.

Ammettendo una simile soluzione, il franchisee, oppure il subfornitore, l'agente commerciale, in presenza di alcune condizioni, avrebbero un vero e proprio diritto alla conclusione di un nuovo contratto.

L'impossibilità di prevedere siffatto obbligo laddove non ci sia mai stato un rapporto contrattuale tra le parti<sup>118</sup>, conduce dottrina e

---

<sup>115</sup> M. TRECCANI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: i presupposti ed i rimedi*, cit., p. 719.

<sup>116</sup> Si pone tale interrogativo, A. BERTOLOTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 188 ss., il quale conclude che la norma in questione non può essere ritenuta complementare all'art. 2597 c.c. che disciplina l'obbligo di contrarre del monopolista legale, dal momento che la disposizione non prevede i contenuti del contratto negato. Di conseguenza, la norma, pur vietando i comportamenti di abuso che si concretino in un rifiuto di concludere un contratto, non potrebbe considerarsi una forma di esecuzione in forma specifica proprio perché non esisterebbe alcuno schema di contratto al quale far riferimento. In tali casi pertanto si potrebbe ricorrere unicamente al rimedio del risarcimento del danno. Sul punto anche G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, cit., p. 96 ss. La giurisprudenza in materia sembrerebbe non essere orientata nel senso di riconoscere l'esistenza di un siffatto obbligo. Si v. Trib. Bari, ord. 11.10.04, cit., p. 605.

<sup>117</sup> Sostiene la tesi minoritaria A. FRIGNANI, *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, cit., p. 197; M. TRECCANI, *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: i presupposti ed i rimedi*, cit., p. 721, il quale afferma che si devono precisare i presupposti in cui potrebbe sorgere tale obbligo. G. GITTI, *La determinazione del contenuto*, cit., p. 98, riconoscendo la sussistenza di siffatto obbligo, ritiene che in questi casi il giudice, debba integrare la volontà delle parti mediante il ricorso ad elementi estrinseci, desumibili dal complesso dei rapporti intercorrenti tra le parti, dalle condizioni abitualmente praticate sul mercato di riferimento, con conseguente riconoscimento di un'ipotesi di determinazione ex lege, mediante l'intervento del giudice sul contenuto del contratto.

<sup>118</sup> A. ALBANESE, *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, cit., p. 1202; G. TUCCI E C. CALIA, *La subfornitura in Italia: sette anni di*

giurisprudenza maggioritarie a respingere questa impostazione, giacché, diversamente, si verrebbe a costituire un rapporto giuridico al di fuori delle ipotesi previste dal legislatore, violando, di conseguenza, il principio generale previsto dall'art. 2908 c.c.<sup>119</sup>.

La disposizione, infine, come modificata nel 2001, prevede che, quando la condotta integri anche un illecito concorrenziale, l'AGCM d'ufficio o anche su iniziativa di terzi possa intervenire e procedere alle diffide ed alle sanzioni previste dall'art. 15 della l. n. 287/90 nei confronti dell'impresa o delle imprese che abbiano commesso l'abuso. La previsione produce problemi di coordinamento tra la competenza dell'AGCM e quella del giudice ordinario<sup>120</sup>: in particolare, si deve comprendere se si abbia cumulo di tutele oppure se la giurisdizione dell'AGCM prevalga e assorba quella del giudice ordinario. Sembrerebbe preferibile la prima soluzione per il carattere plurioffensivo della condotta e per l'esistenza di una pluralità di illeciti tra loro autonomi, rientranti nella cognizione di giudici diversi<sup>121</sup>.

---

*applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 111; S. BASTIANON, *L'abuso di posizione dominante*, cit., p. 428.

<sup>119</sup> La giurisprudenza sul punto non pare risultare illuminante, il Tribunale di Bari, in data 6.05.02, cit., 766, per la prima volta si pronuncia in merito e, riconoscendo l'esistenza di un abuso, per non affrontare il problema si è limitato ad applicare le condizioni di vendita in precedenza utilizzate. Inoltre, si deve ricordare che i provvedimenti cautelari, che sino ad ora sono stati l'unica sede in cui la materia è stata affrontata, non possono mai costituire nuovi rapporti salvo che si tratti di provvedimenti anticipatori di una pronuncia costitutiva nei limitati e tassativi casi previsti dalla legge. Il medesimo problema è stato affrontato anche nel caso della tutela offerta dalla legge antitrust art. 33 combinata all'art. 3 e ci sono state soluzioni contrastanti. Tribunale Milano, ord. 11.11.94, in *Foro it.*, 1995, p. 1325, nel senso che non sia possibile in mancanza di un contratto concluso tra le parti costituire un rapporto giuridico; nel senso contrario Tribunale di Roma, ord. 29.7.99, che riconosce la possibilità di riconoscere la sussistenza di un tale obbligo applicando analogicamente l'art. 2597 c.c.

<sup>120</sup> Manifesta questa preoccupazione, B. GRAZZINI, *sub. art. 9 Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 181, dove l'A. sottolinea che dal momento che i comportamenti che realizzano dipendenza economica in qualche misura producono sempre effetti discorsivi della concorrenza si dovrà capire qual è la soglia di rilevanza del comportamento per la tutela della concorrenza. Se l'effetto discorsivo si esaurisce nel mero ambito della concorrenza sleale ex art. 2598 c.c. in quanto rilevi unicamente sul piano del singolo imprenditore, la competenza spetterà al giudice ordinario. Affinché possa trovare applicazione la disciplina prevista dalla l. n. 287/90 è necessario che gli effetti distorsivi si producano sul mercato nazionale o su una sua parte rilevante.

<sup>121</sup> B. GRAZZINI, *sub. art. 9 Abuso di dipendenza economica*, cit., p. 184 ss. Nello stesso senso anche trib. Roma, 31.03.00, secondo il quale le tutele sarebbero cumulative e non alternative. R. RINALDI e F. TURRITO, *L'abuso di dipendenza economica*, cit., p. 145, ritiene che la procedura prevista dall'art. 14 della l. n. 287/90 ha natura prettamente amministrativa e quindi non può trovare applicazione l'art. 295 c.p.c.

## 7. Ordinamenti stranieri.

La figura della dipendenza economica, nata nell'ambito del diritto concorrenziale tedesco, e precisamente nell'art. 26, comma 2, del GWB, del 27 luglio 1957, pur non trovando alcun corrispondente a livello comunitario, risulta ormai presente in numerosi ordinamenti, incontrando però all'interno degli stessi differenti presupposti per la sua applicazione. Seguendo l'esempio del legislatore tedesco, quello francese decise di collocare nell'ambito dell'antitrust<sup>122</sup>, con tutte le conseguenze che ciò può comportare, e precisamente nell'art. 8 dell'ordonnance n. 86 – 1243 del 1 dicembre 1986 relativa alla “liberté des prix et de la concurrence”<sup>123</sup>, una disposizione finalizzata a vietare l'abuse de dépendance économique<sup>124</sup>, che, analogamente alla nostra dipendenza economica, si riferisce ad una situazione di debolezza relativa alla particolare posizione in cui si trova un'impresa rispetto ad un'altra, indipendentemente dal ruolo svolto sul mercato<sup>125</sup>.

L'eventuale dominanza assoluta dell'impresa forte, infatti, non è un requisito per l'applicazione della norma, avendo le due figure, quella della dominanza assoluta e quella della dominanza relativa, così come nel nostro ordinamento, una loro autonomia concettuale. Anche in Francia il

---

Pertanto, l'eventuale pendenza di un procedimento davanti all'AGCM non potrà in alcun modo precludere o condizionare l'azione giudiziale.

<sup>122</sup> In generale sulla disciplina della concorrenza in Francia si rimanda a AA.VV., *La modernisation du droit de la concurrence*, a cura di G. Canivet, Parigi, 2006, *passim*.

<sup>123</sup> Anche se viene sottolineato da alcuni, D. BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Parigi, 2004, p. 422, che per la verità già l'anno precedente il riferimento ad una situazione di dipendenza economica aveva fatto la sua timida apparizione, essendo stata inserita nella legge 30 dicembre 1985 sotto forma di una circostanza aggravante in caso di delitti de pratique discriminatoire. Per una panoramica sulla disciplina introdotta dall'ordonnance si rimanda a J.M. MOUSSERON e V. SELINSKY, *Le droit français nouveau de la concurrence*, Parigi, 1988, p. 105 ss.

<sup>124</sup> Disposizione che ha subito nel corso del tempo una serie di modifiche: in primo luogo è intervenuta la legge del 1.07.96, n. 96-588, la quale, in particolare, introduceva l'indicazione di ulteriori ipotesi di abuso di dipendenza economica.

<sup>125</sup> L'art. 8.2 dell'ordonnance introduceva infatti la nozione di dominanza relativa prevedendo che “Est prohibée dans les mêmes conditions, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe des entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur, et qui ne dispose pas de solution équivalente”.

Per una panoramica sull'abuso di dipendenza economica nell'ordinamento francese si rimanda a M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica ed autonomia privata*, cit., p. 67 ss.; C.N. NATALI, *L'abuso di dipendenza economica nel sistema italiano e francese*, in *I Contratti*, 2006, p. 931 ss.

legislatore non provvede a fornire una definizione di dépendance économique<sup>126</sup>, prevedendo, però, l'ordonnance del 1986, come criterio per verificare l'esistenza di una situazione di questo tipo l'assenza di alternative in capo alla parte debole<sup>127</sup>, divenendo così, quello che nel nostro ordinamento viene considerato uno dei possibili indici dell'esistenza di una dipendenza economica, un requisito indispensabile.

Successivamente, però, la legge del 15 maggio 2001, non solo modificò la collocazione della disposizione, inserendola nel codice di commercio, all'art. 420 comma 2, nella parte relativa alle pratiche restrittive della concorrenza, ma ne modificò anche formulazione, eliminando ogni riferimento alla necessità dell'assenza di alternative<sup>128</sup>.

---

<sup>126</sup> L'elaborazione della stessa è stata rimessa, quindi, alla giurisprudenza, la quale, in buona sostanza si è limitata a richiamare la classificazione in quattro ipotesi, elaborata nell'ambito del diritto tedesco, distinguendo, quindi, in dipendenza da assortimento, o meglio da notorietà del prodotto, dipendenza a causa di penuria, quella a causa di relazioni d'affari, e quella dovuta al potere di acquisto. Diversamente, in dottrina, alcuni hanno proposto una più semplice classificazione in due ipotesi a seconda della particolare qualifica rivestita dalle parti. In particolare, propone delle classificazioni, D. BRAULT, *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, cit., p. 422 ss., richiamando, in primo luogo, la situazione di debolezza del distributore nei confronti del fornitore, che si verifica, ad esempio, quando un cliente è obbligato a continuare un rapporto contrattuale con una determinata controparte per l'impossibilità di potersi approvvigionare di prodotti sostituibili all'interno del mercato. Si verifica laddove il primo per poter operare nel mercato necessita dei prodotti forniti dal secondo. Questa ipotesi deve essere valutata tenendo in primo luogo in considerazione la notorietà del marchio del fornitore e la rilevanza del prodotto nel mercato che si prende in considerazione e nel fatturato del rivenditore oltre che l'eventuale possibilità da parte del rivenditore di rinvenire prodotti equivalenti da altri produttori. In tal senso Paris 30.03.92, in *Recueil Dalloz*, 1992, p. 176; Paris, 16.10.92, in *Recueil Dalloz*, 1993, p. 28. In secondo luogo, viene prevista la situazione di debolezza del fornitore nei confronti del distributore, che si verifica, ad esempio, laddove, per la sussistenza di determinate circostanze, per collocare il prodotto sul mercato a condizioni concorrenziali il fornitore deve necessariamente rivolgersi a un determinato rivenditore. Tale situazione deve essere valutata tenendo in considerazione il fatturato realizzato dal fornitore in virtù dei rapporti commerciali con quel determinato distributore, la rilevanza del distributore nella distribuzione di quel prodotto, e l'esistenza per il fornitore di soluzioni alternative. In tal senso, Paris 05.94, in *Bullettin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, 24.06.94; Paris, 13.12.95, in *Bullettin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*, 28.02.96.

<sup>127</sup> In giurisprudenza si v., Cour d'appel de Paris, 1<sup>o</sup> chambre concurrence, 12.07.90, in *lawlex200202634JBJ*, che richiamando l'art. 8, comma 2 dell'ordonnance in questione sottolinea che requisito essenziale per avere una situazione di questo tipo è la mancanza di alternative soddisfacenti. Nello stesso senso, Décision cons. conc. N. 89-D-39 du 21.11.89 in *Lawlwx20020382JBJ*.

<sup>128</sup> L'attuale art. 420 -2 Code de commerce prevede che "Est en outre prohibé, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur".



L'ordinamento francese non si limita, come quello italiano, a sanzionare l'abuso della situazione di dipendenza economica<sup>129</sup>, ma richiede un ulteriore presupposto per l'applicazione della previsione in questione, che pur non essendo esplicitamente richiesto, si desume dalla collocazione sistematica della stessa nell'ambito del diritto della concorrenza, ovvero che il comportamento abusivo abbia per oggetto o per effetto di falsare la concorrenza, essendo diversamente irrilevante<sup>130</sup>. Pertanto, l'art. 420, comma 2, per trovare applicazione richiede l'esistenza di una situazione di dipendenza economica, lo sfruttamento abusivo di tale situazione da parte del contraente, cliente o fornitore, e un riscontro (negativo) reale o potenziale del comportamento sul funzionamento o la struttura della concorrenza<sup>131</sup>, e prevede, come conseguenza di un simile comportamento, la nullità della clausola<sup>132</sup>. In particolare, alla luce dei presupposti richiesti appare evidente che la finalità perseguita dalla disposizione non sia principalmente quella di tutelare un soggetto imprenditore debole, che in base alla stessa potrà trovare tutela solo in casi estremi, ma piuttosto quella di tutelare la libera concorrenza e quindi il mercato.

La prospettiva invece è differente in Spagna dove, tra l'altro, la norma in questione ha subito una serie di vicissitudini a causa del continuo ripensamento del legislatore sulla sua collocazione. La dipendenza economica ha fatto il suo ingresso nell'ambito dell'ordinamento spagnolo nel 1991, nella ley 3/1991, del 10 gennaio

---

<sup>129</sup> Il legislatore francese provvedeva anche ad indicare alcune fattispecie in cui poteva concretizzarsi l'abuso, come «le refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées».

<sup>130</sup> In relazione alla necessità del requisito dell'effetto distorsivo sulla concorrenza, v. L. VOGEL, *Droit de la concurrence*, Parigi, 2005-2006, p. 952.

<sup>131</sup> Non stupisce quindi che tale disposizione abbia trovato applicazione solo in pochissime ipotesi, essendo stata raramente chiamato a pronunciarsi sulla stessa il Conseil de la Concurrence.

<sup>132</sup> Tale previsione era già contenuta nell'art. 9, il quale sanciva la nullità delle clausole contrattuali di cui all'art. 8. Si diceva che si trattava di un'ipotesi di nullità assoluta. In tal senso, B. FAGES e J. MESTRE, *L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations. L'emprise de droit de la concurrence sur le contrat*, in R.T.D. Com., 1998, p. 73, rappresentando l'art. 8 una regola di ordine pubblico di direzione economica. In giurisprudenza, si v. Cass. Com., 3.01.96, n. 94-13.169, in *RJDA*, 1996, n. 6.

(LCD), relativa alla concorrenza sleale<sup>133</sup>, precisamente all'art. 16, rubricato Discriminación y dependencia económica<sup>134</sup>, comma 2, il quale prevede che si consideri sleale anche lo sfruttamento da parte di un'impresa della situazione di dipendenza economica nella quale possono trovarsi le imprese clienti o fornitrici che non dispongono di alternative equivalenti per l'esercizio della loro attività<sup>135</sup>. L'aspetto interessante è con la l. n. 52/99 di riforma della legge sulla concorrenza, il legislatore inserì una disposizione sulla dipendenza economica anche nell'ambito della disciplina antitrust, precisamente nell'art. 6, relativo all'abuso di posizione dominante<sup>136</sup>, rendendo così l'abuso della stessa

<sup>133</sup> J. MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid, 1999, p. 473 ss.; A. VILLAGÓMEZ RODIL, *Competencia desleal*, Granada, 2000, *passim*; AA.VV., *Libre competencia y competencia desleal*, a cura di A. Robles Martim-Laborda, Madrid, 2001, *passim*; AA.VV., *Competencia desleal y defensa de la competencia*, a cura di J.R. Ferrándiz Gabriel, Madrid, 2002, *passim*; F. J. ALONSO ESPINOSA, *Derecho de la competencia desleal*, in *Curso fundamental de derecho mercantil*, a cura di F. J. Alonso Espinosa, tomo II, Murcia, 2004, 183 ss.; R. ALONSO SOTO, *Derecho del la competencia. Competencia desleal y publicidad*, in *Curso de derecho mercantil*, a cura di M.L. Aparicio González, Cizur Menor, 2006, p. 373 ss., il quale in particolare a p. 387, si occupa della dipendenza economica, dicendo che è una norma molto importante nella relazione tra grandi e piccole imprese. Essenziale per l'applicazione di questa disposizione sarebbe in primo luogo l'esistenza di una situazione di dipendenza economica, la quale parrebbe trovare il suo criterio principale, se non unico di determinazione, nell'assenza di alternative. S. BARONA VILAR, *Competencia desleal*, Valencia, 2008, p. 644 ss.

<sup>134</sup> Art. 16 Discriminación. 1. El tratamiento discriminatorio del consumidor en materia de precios y demás condiciones de venta se reputará desleal, a no ser que medie causa justificada. 2. Asimismo se reputa desleal la explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad.

<sup>135</sup> Ad onore del vero però già in precedenza una previsione analoga era stata inserita nei lavori preparatori relativi a quella che poi divenne la ley 16/1989 del 17 luglio di defensa de la competencia (LDC): infatti il progetto di legge sulla difesa della competenza inizialmente nell'art. 6 relativo all'abuso di posizione dominante prevedeva il divieto anche dell'abuso di una posizione di dominio relativa. Tale formulazione fu poi soppressa a seguito di un emendamento presentato dal partito socialista, proprio in base alla convinzione che la collocazione migliore per una disposizione di questo tipo non potesse essere quello della legge a tutela della concorrenza, ma la legge sulla concorrenza sleale.

Va però sottolineato che molti avevano criticato la collocazione nell'ambito della concorrenza sleale dicendo che era una norma tipicamente antitrust. Tra questi J.J. OTAMENDI RODRÍGUEZ BETHENCORT, *Competencia desleal. Analisis de la ley 3/1991*, Aranzadi, 1992, p. 150; R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, *La competencia desleal*, in *Derecho de los negocios*, n. 20/1992, p. 30, che dicono che all'estero è nell'antitrust e quindi è sbagliata la collocazione sistematica.

<sup>136</sup> L'art. 6 lett. b comma 2, recitava, infatti: “Esta prohibida la explotación por una o varias empresas de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad”.

La legge sulla concorrenza ha anche apportato modifiche all'art. 16 della legge in materia di concorrenza sleale, al fine di rendere le due disposizioni sostanzialmente identiche. L'attuale formulazione dell'art. 16, così recita: “se reputa desleal la

anche un illecito antitrust, analogamente a quanto avviene in altri ordinamenti come Francia e Germania<sup>137</sup>. In questo modo, a partire dal 1999 in Spagna vi erano due disposizioni formalmente identiche<sup>138</sup>, salvo alcune differenze di scarsa rilevanza<sup>139</sup>, che richiedevano, però, differenti

---

explotación por parte de una empresa de la situación de dependencia económica en que puedan encontrarse sus empresas clientes o proveedores que no dispongan de alternativa equivalente para el ejercicio de su actividad”. In particolare poi venne inserita in entrambe una presunzione di dipendenza economica in determinati casi e delle ipotesi esemplificative di abuso.

In entrambe le disposizioni va sottolineato che il legislatore ha provveduto a inserire una presunzione relativa circa allo stato di dipendenza: “Esta situación se presumirá cuando un proveedor, además de los descuentos o condiciones habituales, deba conceder a su cliente de forma regular otras ventajas adicionales que no se conceden a compradores similares”.

Si v. in materia, J. PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la ley de defensa de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 205/2000, p. 34 ss.

<sup>137</sup> Sulle ragioni del perché tale disposizione è stata inserita sia nell’ambito dell’una che dell’altra, M.J. RODRÍGUEZ MATAS e L. VEGA PENICHER, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 243, 2006, p. 77 ss.

In questo modo si voleva evidenziare che oltre a essere un atto di concorrenza sleale tale comportamento poteva anche sfalsare la concorrenza.

C. ESTEVAN DE QUESADA, *La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica*, in *Rev. De derecho mercantil*, 2005, p. 1079, il quale sottolinea che tra le ragioni che portarono ad inserire una simile previsione anche nell’ambito del diritto antitrust vi era sicuramente la constatazione che anche un abuso di un potere di tipo relativo poteva danneggiare il mercato. Sul punto si v. anche, R. GARCÍA MARTÍNEZ, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la ley Española de la defensa de la competencia*, in *Rev. Del poder judicial*, n. 64, 2001, p. 310.

Alcuni sembrano però vedere l’introduzione di una simile disposizione nell’ambito dell’antitrust. Si v., J. PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la ley de defensa de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, cit., p. 34, il quale sottolinea che non era necessario un’espressa previsione per sanzionare l’abuso di dipendenza economica che produce determinati effetti sul mercato, dal momento che ciò era in realtà già sanzionabile in precedenza in virtù dell’art. 7 della legge della concorrenza, il quale prevedeva l’applicabilità della legge a tutela della concorrenza a quei comportamenti di concorrenza sleale, tra i quali la dipendenza economica, laddove gli stessi avessero comportato nocumento al mercato.

<sup>138</sup> La scelta di collocare una previsione sulla dipendenza economica anche nell’ambito della legge a tutela della concorrenza non rimase, però, esente da critiche, dal momento che molti evidenziarono in primis l’inutilità di due disposizioni identiche, e in secondo luogo che difficilmente una disposizione di questo tipo, attribuendo rilevanza ad una situazione di dominio relativa, avrebbe potuto trovare applicazione come illecito anticoncorrenziale. In tal senso si esprime il rappresentante del partito popolare. Si v. DSCD-Comisiones, n. 783, 26 ottobre 1999, p. 23209.

<sup>139</sup> Va sottolineato che il legislatore del 1999 apportò anche alcune modifiche all’art. 16 comma 2 della LCD in modo da rendere le due disposizioni sostanzialmente identiche. In relazione alla formulazione letterale delle disposizioni, C. ESTEVAN DE QUESADA, *La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica*, cit., p. 1090, dice che le uniche differenze erano che la norma del 16 parlava solo di explotación, mentre l’art. 6 di explotación abusiva, la prima si riferisce a una empresa, mentre la seconda una o varias empresas, inoltre vi sarebbero differenze nell’ambito della presunzione.

presupposti per potere trovare applicazione, dal momento che l'art. 6 necessitava del requisito dell'idoneità dell'atto a falsare o restringere la libera concorrenza<sup>140</sup>. In sostanza, in caso di un comportamento abusivo che, pur ledendo gli interessi dei privati, non potesse essere considerato lesivo dell'interesse pubblico alla base della tutela della concorrenza, non si ponevano problemi, risultando applicabile solo l'art. 16 della LCD, con la conseguenza che sarebbe stato competente unicamente il giudice ordinario<sup>141</sup>. Diversamente, nel caso in cui il comportamento potesse anche essere considerato un illecito antitrust, veniva posto il problema della possibilità di cumulare i diversi rimedi previsti, sottoponendo il medesimo comportamento abusivo sia al TDC che al giudice ordinario mercantile<sup>142</sup>.

Si deve evidenziare che in questo modo si veniva a costruire un meccanismo non dissimile a quello presente nel nostro ordinamento,

---

<sup>140</sup> C. ESTEVAN DE QUESADA, *La doble regulaci3n del abuso de una situaci3n de dependencia econ3mica*, cit., p. 1092, dice che a tale conclusione si pu3 arrivare considerando la collocazione sistematica della disposizione. Si deve infatti considerare che la LDC mira alla tutela della concorrenza e in particolare all'interesse pubblico a mantenere la concorrenza per consentire il corretto funzionamento del mercato. In secondo luogo in virt3 del richiamo all'art. 36 bis lett. a della LDC che prevede che il Servizio per la difesa della concorrenza possa non iniziare un procedimento in relazione agli artt. 1 e 6, quando le condotte, per la loro scarsa importanza non producano effetti significativi sulla concorrenza. In relazione a cosa si debba intendere per effetti significativi sulla concorrenza.

Per quanto attiene alla verifica dell'eventuale effetto distorsivo della concorrenza, C. ESTEVAN DE QUESADA, *La doble regulaci3n del abuso de una situaci3n de dependencia econ3mica*, cit., p. 1092, sottolinea che tale valutazione dovrebbe essere fatta allo stesso modo di come svolta allorquando ai sensi dell'art. 7 LDC si deve valutare se un comportamento di concorrenza sleale possa essere lesivo della concorrenza. Di conseguenza, l'A. dice che si dovrebbero tenere in considerazione solo quei comportamenti che provocano una distorsione grave delle condizioni della concorrenza, esprimendosi in tal senso l'art. 7.

L'A. sottolinea che per svolgere tale valutazione pi3 che il comportamento si dovr3 tenere in considerazione la posizione rivestita da quest'ultimo nel mercato e suggerisce a tal fine di rifarsi ai criteri elaborati in sede di applicazione della disposizione sull'abuso di posizione dominante nell'ambito dell'antitrust.

<sup>141</sup> J. P3REZ-BUSTAMANTE KOSTER, *La explotaci3n abusiva de la situaci3n de dependencia econ3mica en la ley de defensa de la competencia: examen cr3tico del nuevo precepto*, cit., p. 40, dice che 3 una figura non necessaria nell'ambito dell'antitrust.

<sup>142</sup> La dottrina infatti si interrogava se ci3 non potesse comportare una violazione del ne bis in idem. Sul punto, R. GARC3A MART3NEZ, *La explotaci3n abusiva de la situaci3n de dependencia econ3mica como nuevo il3cito antitrust en la ley Espanola de la defensa de la competencia*, cit., p. 322, dice che le norme seppur perseguono lo stesso obiettivo del buon funzionamento del mercato procedono in ottiche distinte.

In definitiva, la dottrina maggioritaria pareva pronunciarsi nel senso del cumulo, tra gli altri, J. MASSAGUER FUENTES, *Comentario a la ley de competencia disleale*, Madrid, 1999, p. 73; C. ESTEVAN DE QUESADA, *La doble regulaci3n del abuso de una situaci3n de dependencia econ3mica*, cit., p. 1119, secondo il quale i procedimenti sarebbero compatibili e quindi l'instaurazione dell'uno non andrebbe a determinare una sospensione dell'altro.

dove, di regola, la competenza ad occuparsi delle controversie vertenti su ipotesi di abuso di dipendenza economica spetta al giudice ordinario, il quale per reprimerli potrà ricorrere ai rimedi indicati nell'art. 9 della l. n. 192/98, ma ai sensi del comma 3-bis, laddove il comportamento sia suscettibile di provocare determinati effetti sulla concorrenza, alla competenza del giudice ordinario si somma quella dell'AGCM.

Con la legge di riforma sulla concorrenza, ley 15/2007, del 3 luglio, de Defensa de la Competencia<sup>143</sup>, vennero però apportate modifiche all'art. 6, che attualmente trova il suo corrispondente nell'art. 2, relativo alla posizione dominante, con le quali venne eliminato ogni riferimento all'abuso di dipendenza economica, rimanendo, di conseguenza, l'art. 16, comma 2, della LCD l'unica disposizione a regolare questa situazione.

Appare, quindi, attualmente doveroso concentrare ogni riflessione unicamente su questa norma, che, così come quella francese, rappresenta una previsione di carattere generale, non essendo collocata in una disciplina speciale, riferita a determinate fattispecie contrattuali<sup>144</sup>. La nozione di dipendenza economica, che, come nel nostro ordinamento fa riferimento ad una posizione relativa, che si riferisce ai rapporti tra due soggetti determinati<sup>145</sup>, nell'ordinamento spagnolo viene in sostanza identificata con la situazione in cui si trova un soggetto che non dispone di alternative equivalenti, da accertarsi tenendo in considerazione, in particolare, il mercato di riferimento, il tipo di prodotto

---

<sup>143</sup> Sulla legge del 2007, si rimanda a C. DORRONSÓ, sub. art. 2, in *Derecho español de la competencia, Comentarios a la ley 15/2007*, Barcellona, 2008, p. 120; A. GUTIÉRREZ, Sub. Art. 2, in *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, Madrid, 2008, p. 111 ss. In generale si rimanda a J. EUGENIO SORIANO, *La defensa de la competencia en España*, Madrid, 2007, *passim*.

<sup>144</sup> Nondimeno, viene sottolineato che sarebbe di particolare interesse per il fatto che è l'unica nell'ambito della disciplina della concorrenza sleale con un ambito di applicazione che non si estende all'impresa in generale, riferendosi la stessa solamente alle imprese clienti e fornitrici. In tal senso, S. BARONA VILAR, *Competencia disleale*, cit., p. 651.

<sup>145</sup> Tra tutti, S. BARONA VILAR, *Competencia disleale*, cit., p. 660, il quale sottolinea che quindi detta valutazione dovrà considerare le posizioni delle due imprese per verificare come si relazionano. In particolare, J. PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la ley de defensa de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, cit., p. 36, sottolinea, ancora in relazione al precedente art. 6 della legge sulla concorrenza, che letteralmente lo stesso sembrerebbe far riferimento solo alla dipendenza del fabbricante rispetto al cliente o che comunque la si è associata solo a quella ma in realtà può essere da entrambe le parti.

commercializzato, e la zona in cui operano le parti<sup>146</sup>. Nel corso del tempo, la dottrina ha elaborato quattro circostanze tipiche di dipendenza economica<sup>147</sup>, quella dovuta alla composizione dell'offerta<sup>148</sup>, che si verifica quando la distribuzione di prodotti appartenenti ad una certa impresa rappresenta un elemento fondamentale per poter essere competitivi sul mercato; quella conseguente all'organizzazione dell'impresa, che si realizza quando l'impresa dipendente ha adeguato il suo stabilimento o la sua attività alle caratteristiche particolari dei prodotti o dei servizi dell'altra impresa<sup>149</sup>; quella derivante dal potere relativo della domanda, che si verifica quando un produttore può collocare sul mercato a condizioni competitive un determinato prodotto solamente se lo distribuisce un determinato cliente<sup>150</sup>, e, infine, quella causata dalla carenza nel mercato di un determinato prodotto.

Allo stesso modo della disposizione italiana e di quella francese, anche quella spagnola non mira a sanzionare una situazione di dipendenza in quanto tale, ma richiede che si verifichi un abuso della stessa ai danni della parte debole, che può concretizzarsi nei

---

<sup>146</sup> J. MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 478, il quale sottolinea che non basta che ci siano alternative per escludere una situazione di dipendenza economica, ma è necessario che non vi siano alternative equivalenti. L'a. sottolinea che in questo modo la mancanza di alternative verrebbe correlata alla presenza di due indici, uno di carattere oggettivo, l'alternativa deve essere sufficiente e una di carattere soggettivo, l'alternativa deve essere ragionevole. L'alternativa è sufficiente se, considerati il numero di rapporti contrattuali con la controparte, il soggetto possa rimpiazzarlo nel mercato di riferimento. La alternativa è ragionevole se il cambiamento di controparte contrattuale possa imporre al soggetto di sostenere costi non sostenibili.

R. GARCÍA MARTÍNEZ, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la ley Española de la defensa de la competencia*, cit., p. 311, in relazione alla precedente disposizione contenuta nell'ambito del diritto della concorrenza diceva che, essendo necessario limitare l'ambito di applicazione della stessa alle ipotesi che comportavano la lesione dell'interesse pubblico, veniva richiesta la prova di un grado di dipendenza molto elevato, richiedendosi che le alternative fossero inesistenti. Secondo l'A. infatti solo in questo caso, potendosi in sostanza realizzare l'esclusione di un soggetto dal mercato, vi sarebbe potuta essere una lesione dell'interesse pubblico.

<sup>147</sup> Suggestisce tali classificazioni, J. MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 480; si v. anche J. PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la ley de defensa de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, cit., p. 37.

<sup>148</sup> In questo caso particolare rilevanza ha la posizione che quei determinati prodotti hanno sul mercato.

<sup>149</sup> Tale ipotesi si rivela molto frequente nei rapporti di lunga durata.

<sup>150</sup> Anche se J. MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 482 e ss., dice che in realtà realizza un alterazione della concorrenza dal momento che ostacola la libertà di terzi di svolgere la loro attività sul mercato.

comportamenti più differenti<sup>151</sup>, la cui abusività deve essere valutata, tenendo, in particolare, considerazione la presenza di eventuali giustificazioni poste alla base degli stessi<sup>152</sup>. L'art. 16, così come modificato nel 1999 con la legge n. 52 del 28 dicembre, prevede, poi, determinate ipotesi, da considerarsi meramente esemplificative, di comportamenti che realizzano situazioni di abuso di dipendenza economica<sup>153</sup>, quali il recesso del contratto realizzatosi non in forma

---

<sup>151</sup> Anche in relazione a queste ultime vengono proposte delle classificazioni, J. MASSAGUER, *Comentario a la ley de competencia desleal*, cit., p. 485 ss., il comportamento abusivo potrebbe concretizzarsi nel rifiuto di stabilire relazioni contrattuali, ipotesi che andrebbe a ricomprendere tanto il rifiuto di continuare le relazioni commerciali in corso, quanto il rifiuto di una proposta contrattuale effettuata da un soggetto non legato da rapporti commerciali. In secondo luogo l'abuso potrebbe concretizzarsi nella discriminazione in senso stretto, che si realizza con l'imposizione ad un soggetto di condizioni discriminatorie. J. PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la ley de defensa de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, cit., p. 39, dice che in virtù di tale previsione non si sanzionano tutte le condotte abusive che commette un'impresa in posizioni di forza ma solo quelle legate da un nesso causale tra la pratica abusiva e la situazione di dipendenza. In conseguenza di ciò si dicono abusive tutte quelle condotte che eccedono quanto può dirsi corretto in un sistema commerciale.

<sup>152</sup> In particolare si v. Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Bilbao sentencia n. 22/07, in *La ley*, Número 6682. Jueves, 29.03.07, dove viene sottolineato che "En cualquiera de los casos, aun admitiendo que se acredita entre las partes una relación de dependencia económica a los estrictos efectos del precepto de art. 16.2 LCD, el reproche de deslealtad solo debe formularse a la conducta imputada si se trata de una conducta injustificada y, en todo caso, desproporcionada." Nel caso di specie, pur essendo stato riconosciuta l'esistenza di una situazione di dipendenza economica, era stata esclusa la presenza di un abuso dal momento che seppur il fornitore aveva imposto al venditore dei prezzi di rivendita di determinati prodotti, suddetta imposizione non sarebbe risultata ingiustificata, ma una strategia giustificata dall'esigenza di superare l'impatto dovuto all'apertura di un nuovo supermercato nella zona. (BIDE BARRI S.L. y ZESEN S.L., frente a REPSOL COMERCIAL DE PRODUCTOS PETROLÍFEROS S.A.). Nello stesso senso, AP Barcelona Secc. 15.ª S 1.12.04, in *La ley*, n. 6182. Jueves, 3.02.05, "Acreditada en las presentes actuaciones esa situación de dependencia (lo están indudablemente los quioscos afectados por el acuerdo a que llegaron las demandadas) el reproche de deslealtad debe formularse a la conducta imputada a las demandadas al tratarse de una conducta injustificada y, en todo caso, desproporcionada."

<sup>153</sup> 3. Tendrá asimismo la consideración de desleal: A. La ruptura, aunque sea de forma parcial, de una relación comercial establecida sin que haya existido preaviso escrito y preciso con una antelación mínima de seis meses, salvo que se deba a incumplimientos graves de las condiciones pactadas o en caso de fuerza mayor. B. La obtención, bajo la amenaza de ruptura de las relaciones comerciales, de precios, condiciones de pago, modalidades de venta, pago de cargos adicionales y otras condiciones de cooperación comercial no recogidas en el contrato de suministro que se tenga pactado. F. J. Alonso Espinosa, *Derecho de la competencia desleal*, in *Curso fundamental de derecho mercantil*, cit., p. 200, in relazione alla seconda ipotesi sottolinea che il riferimento al "contrato de su ministro" deve essere inteso in senso ampio tale da ricomprendere tutti i contratti di distribuzione commerciale (agenzia, franchising, concessione di vendita ecc.). Il comma 3 è stato inserito perché queste pratiche si erano diffuse moltissimo.

scritta e precisa e senza un preavviso di almeno sei mesi, a meno che ciò sia dovuto ad un inadempimento grave delle condizioni previste nel contratto oppure a forza maggiore; oppure la predisposizione di condizioni migliori, tramite la minaccia dell'interruzione dei rapporti contrattuali in corso.

Per quanto attiene alla presenza di eventuali ulteriori presupposti, il discorso pare complicarsi<sup>154</sup>: la collocazione della disposizione nell'ambito della concorrenza sleale e non in quella antitrust, come avviene in Francia, sicuramente potrebbe avere delle conseguenze positive nell'ottica della tutela di soggetti imprenditori, dal momento che la sua applicazione prescinderebbe da ulteriori requisiti che verrebbero richiesti per aversi un illecito antitrust, come l'idoneità dell'atto a sfalsare la concorrenza, il che implica, in particolare, che il comportamento abbia una notorietà, rilevanza e importanza sostanziale tale da produrre una lesione dell'interesse pubblico posto alla base della tutela della concorrenza e del mercato<sup>155</sup>. Nondimeno, anche la collocazione nell'ambito della concorrenza sleale desta qualche perplessità, dovendosi, in modo più approfondito, considerare i limiti che vengono posti all'ambito di applicazione della legge: se dal punto di vista soggettivo, non si può non osservare che lo stesso risulti molto ampio, facendo riferimento la legge non solo agli imprenditori, ma anche

---

Si può dire che in presenza di queste situazione ci sia una sorta di presunzione di abuso di dipendenza economica che può sicuramente aiutare in sede di onere della prova.

Nel senso che non si tratti di un'indicazione tassativa, R. GARCÍA MARTÍNEZ, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la ley Española de la defensa de la competencia*, cit., p. 312. In tal senso, in relazione alla precedente disposizione di cui all'art. 6, la Risoluzione del 15.12.95 del Tribunale per la difesa della concorrenza (TDC). Risultando in buona sostanza anche per loro una clausola generale. R. GARCÍA MARTÍNEZ, *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica como nuevo ilícito antitrust en la ley Española de la defensa de la competencia*, cit., p. 323, dice che però il problema della disposizione è che utilizza formule molto ampie e quindi è importante capire quali possano essere i comportamenti sanzionati per non andare a limitare la libertà.

<sup>154</sup> Si deve prendere atto che però la scarsità delle pronunce in materia non consente di comprendere pienamente i presupposti necessari per la sua applicazione. Sottolinea tale aspetto anche S. BACHES OPI, *La nueva ley española de defensa de la competencia*, in *La ley*, n. 6815, Miércoles, 7 de noviembre de 2007. Non si può, però, non sottolineare che la collocazione della norma sembrerebbe richiedere ulteriori presupposti.

<sup>155</sup> F. J. ALONSO ESPINOSA, *Derecho de la competencia disleale*, cit., p. 474.



ai professionisti e a tutti coloro che operino sul mercato<sup>156</sup>; dal punto di vista oggettivo, il discorso cambia, dal momento che l'art. 2 prevede che possono essere considerati comportamenti di concorrenza sleale, e, quindi, sanzionati dalla disposizione, solamente quei comportamenti che si realizzano sul mercato e perseguono fini concorrenziali, precisando poi che si presume sussistente siffatta finalità laddove, in base a circostanze oggettive, l'atto si riveli idoneo a promuovere o consolidare la diffusione di una prestazione propria o di un terzo<sup>157</sup>. Non va dimenticato che l'interesse che tali norme, compresa quella sulla dipendenza economica, mirano a tutelare è, così come indicato dallo stesso art. 1 della legge<sup>158</sup>, indubbiamente quello del corretto funzionamento del mercato, il quale verrebbe leso da tali comportamenti<sup>159</sup>, e non la tutela dell'imprenditore debole, il quale, in questi casi, potrà ricevere una tutela solamente indiretta.

La disposizione di cui all'art. 18, riferendosi generalmente a tutti i comportamenti di concorrenza sleale, e quindi anche all'abuso di dipendenza economica, prevede la possibilità di ricorrere a differenti rimedi<sup>160</sup>: se l'atto è già stato posto in essere, è possibile chiederne la cessazione; diversamente, se l'atto non è ancora stato posto in essere, è

---

<sup>156</sup> Art. 3 Ambito subjetivo. 1. La Ley será de aplicación a los empresarios y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado. 2. La aplicación de la Ley no podrá supeditarse a la existencia de una relación de competencia entre el sujeto activo y el sujeto pasivo del acto de competencia desleal.

<sup>157</sup> Art. 2, Ambito objetivo. 1. Los comportamientos previstos en esta Ley tendrán la consideración de actos de competencia desleal siempre que se realicen en el mercado y con fines concurrenciales. 2. Se presume la finalidad concurrencial del acto cuando, por las circunstancias en que se realice, se revele objetivamente idóneo para promover o asegurar la difusión en el mercado de las prestaciones propias o de un tercero.

<sup>158</sup> Finalidad. La presente Ley tiene por objeto la protección de la competencia en interés de todos los que participan en el mercado, y a tal fin establece la prohibición de los actos de competencia desleal.

<sup>159</sup> S. BARONA VILAR, *Competencia desleal*, cit., p. 655.

<sup>160</sup> Artículo 18. Acciones. Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1. Acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste. 2. Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica. 3. Acción de remoción de los efectos producidos por el acto. 4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. 5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia. 6. Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

possibile chiedere che il compimento dello stesso venga vietato. Nel caso specifico dell'abuso di dipendenza economica, questa previsione non può non richiamarci alla mente il rimedio dell'inibitoria previsto nell'ambito del nostro ordinamento, con tutte le problematiche ad essa correlate, in primis, in ordine all'ammissibilità di un obbligo di contrarre, nelle ipotesi di cessazione delle relazioni contrattuali in atto, oppure di rifiuto di vendere o di comprare. Problematiche che, anche nell'ambito del diritto spagnolo, non sembrano trovare una soluzione. Inoltre, la disposizione prevede la possibilità di chiedere la rimozione degli effetti dell'atto stesso; non risultando, però, del tutto chiaro a cosa voglia far riferimento il legislatore con tale espressione<sup>161</sup>. In particolare, in relazione a quelle ipotesi in cui l'abuso di realizzi con l'imposizione di condizioni discriminatorie, ci si potrebbe chiedere se si tratti in buona sostanza di un'ipotesi di nullità dell'atto o parte dello stesso, non sembrando determinante nel senso contrario, il riferimento al fatto che debba essere chiesta al giudice la rimozione degli effetti e non invece al fatto che il giudice debba accertare l'inefficacia, dal momento che una simile previsione potrebbe essere giustificata dal fatto che il legislatore ha voluto predisporre in una sola disposizione rimedi astrattamente applicabili ad ogni ipotesi di atto di concorrenza sleale. Infine, il comma 5, riproponendo in buona sostanza il medesimo contenuto previsto dal nostro art. 2600 c.c., prevede la possibilità di chiedere il risarcimento dei danni subiti ma solamente nel caso in cui il comportamento sia stato tenuto con dolo o colpa<sup>162</sup>. In ordine alla legittimazione attiva, l'art. 19<sup>163</sup>

---

<sup>161</sup> D'altra parte si deve tenere in considerazione, che, dovendosi riferire genericamente a tutti i diversificati comportamenti che possono determinare un abuso di dipendenza, il legislatore abbia preferito ricorrere ad una formulazione piuttosto ampia dovendo riferirsi in generale ad una serie molto diversificata di comportamenti.

<sup>162</sup> Contra el acto de competencia desleal podrán ejercitarse las siguientes acciones: 1. Acción declarativa de la deslealtad del acto, si la perturbación creada por el mismo subsiste. 2. Acción de cesación del acto, o de prohibición del mismo, si todavía no se ha puesto en práctica. 3. Acción de remoción de los efectos producidos por el acto. 4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. 5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por el acto, si ha intervenido dolo o culpa del agente. El resarcimiento podrá incluir la publicación de la sentencia. 6. Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando el acto lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

<sup>163</sup> Legitimación activa. 1. Cualquier persona que participe en el mercado, cuyos intereses económicos resulten directamente perjudicados o amenazados por el acto

prevede che le azioni previste dall'art. 18 possano essere esercitate da qualsiasi persona che operi sul mercato i cui interessi possano essere direttamente pregiudicati dal comportamento di concorrenza sleale, ad eccezione di quella di ingiustificato arricchimento, che potrà essere esercitata solamente dal titolare della posizione giuridica violata<sup>164</sup>. Appare evidente che i soggetti legittimati sono numerosi, ulteriore indice del fatto che la disposizione in questione non mira unicamente e in via prioritaria a tutelare gli interessi dell'imprenditore che subisce un comportamento di concorrenza sleale. Ulteriore conferma in tal senso, è la previsione di un termine di prescrizione molto breve per esercitare suddette azioni, prevedendo l'art. 21<sup>165</sup> che le stesse non possano più essere esperite decorso un anno dal momento in cui l'azione stessa poteva essere esercitata e dal momento in cui si è avuta conoscenza del soggetto che ha posto in essere l'atto<sup>166</sup>, e, in ogni caso, decorsi tre anni dal compimento dell'atto stesso.

---

de competencia desleal, está legitimada para el ejercicio de las acciones previstas en los cinco primeros números del artículo anterior.

La acción de enriquecimiento injusto solo podrá ser ejercitada por el titular de la posición jurídica violada.

2. Las acciones contempladas en los números 1 a 4 del artículo anterior podrán ejercitarse además por las siguientes entidades: a Las asociaciones, corporaciones profesionales o representativas de intereses económicos cuando resulten afectados los intereses de sus miembros. b Las asociaciones que, según sus estatutos, tengan por finalidad la protección del consumidor. La legitimación quedará supeditada en este supuesto a que el acto de competencia desleal perseguido afecte directamente a los intereses de los consumidores.

<sup>164</sup> Inoltre, viene prevista, in relazione a tutte le azioni tranne che a quella volta ad ottenere il risarcimento del danno e quella per ingiustificato arricchimento, anche la legittimazione delle associazioni o corporazioni professionali o rappresentative degli interessi economici nel caso in cui vengano pregiudicati interessi dei loro membri per l'esercizio di tutte; oppure le associazioni istituite per la tutela del consumatore, laddove il comportamento possa ledere gli interessi dei consumatori.

<sup>165</sup> Art. 21 Prescripción. Las acciones de competencia desleal prescriben por el transcurso de un año desde el momento en que pudieron ejercitarse y el legitimado tuvo conocimiento de la persona que realizó el acto de competencia desleal; y, en cualquier caso, por el transcurso de tres años desde el momento de la realización del acto.

<sup>166</sup> Si è posto in primo luogo il problema del momento dal quale la prescrizione inizia a decorrere. Sul punto. Juzgado de lo Mercantil N.º 2 de Bilbao sentencia n. 22/07, in La ley, Número 6682. Jueves, 29 de marzo de 2007. A pesar de la claridad del tenor literal del art. 21 LCD, la jurisprudencia no ha sido uniforme en su interpretación. Así, en principio, se recoge el rancio principio de la «actio nata», es decir que el «dies a quo» del plazo prescriptivo comienza desde el momento en que la acción pudo ejercitarse, pero con una doble vertiente, que obliga a tener en cuenta los dos requisitos, el conocimiento de la realidad del acto, y la viabilidad de ejercer la acción, lo cual implica poder precisar quien asumirá la posición de demandado en el pleito que se va a promover, y que lógicamente puede ser simultáneo o necesariamente posterior el segundo al primero [STS de 25 de julio de 2002 (LA LEY JURIS. 335/2003)].

Disposizione che trova la sua *ratio* nella circostanza che trascorso un simile lasso di tempo non possa più sussistere interesse per il mercato e i consumatori all'espulsione di un simile atto.

Questo excursus non può non portarci a concludere che da questo punto di vista il nostro ordinamento si mostra più sensibile di altri alle esigenze di tutela dell'imprenditore debole, in quanto soggetto particolarmente meritevole di tutela, predisponendo una disposizione che fornisce allo stesso una protezione per così dire diretta, laddove invece, altri ordinamenti gli riservano unicamente una tutela in buona sostanza indiretta o mediata, che si realizza pienamente solo nel caso in cui la protezione dello stesso si riveli funzionale alla protezione di altri interessi, di carattere generale.

## CAPITOLO QUARTO

### **L'ART. 7 DEL D.LGS. N. 231/02 ATTUATIVO DELLA DIRETTIVA COMUNITARIA SULLA LOTTA CONTRO I RITARDI DI PAGAMENTO NELLE TRANSAZIONI COMMERCIALI.**

**SOMMARIO:** 1. Breve analisi del decreto legislativo n. 231/02. 2. Una nuova ipotesi di controllo del giudice sull'equilibrio del regolamento contrattuale. 3. La nullità dell'accordo e il potere del giudice di ricondurre ad equità il regolamento contrattuale. 4. La legge di attuazione della Direttiva nell'ordinamento spagnolo.

#### **1. Breve analisi del decreto legislativo n. 231/02.**

Un altro presunto indice del terzo contratto potrebbe astrattamente venire individuato nell'art. 7 del decreto legislativo n. 231/02<sup>1</sup>, attuativo della Direttiva comunitaria 2000/35/CE<sup>2</sup>, relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali, con la quale il legislatore comunitario è intervenuto per reprimere il fenomeno, ormai sempre più diffuso nell'ambito delle transazioni commerciali, dei ritardi nei pagamenti, intesi sia come inadempimento della prestazione nei termini previsti dalle parti o dal legislatore, sia come imposizione di termini lunghi per

---

<sup>1</sup> Va sottolineato che il legislatore italiano ha dato attuazione alla Direttiva in questione in tempi sicuramente più brevi rispetto ad altri ordinamenti: si pensi alla Francia, dove è stata attuata con la Loi del 18.04.04 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, oppure alla Spagna, dove è stata attuata con la ley 3/2004 del 29.12.04 (Ley de Lucha Contra la morosidad, LLCM), la quale, salvo alcuni aggiustamenti, ha sostanzialmente riprodotto la disciplina della Direttiva.

<sup>2</sup> Il riferimento è alla Direttiva 2000/35/CE del Parlamento e del Consiglio relativa alla lotta contro i ritardi nei pagamenti nelle transazioni commerciali. La disciplina in questione è stata salutata come una tappa significativa del processo di armonizzazione del diritto privato degli Stati membri. In tal senso, G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 2; A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *I contr.*, 2002, p. 1043, ritiene la direttiva in questione di particolare importanza, essendo l'unica nella materia dell'inadempimento contrattuale che non concerne i rapporti con i consumatori.

l'adempimento. Tale prassi che, oltre ad ostacolare la creazione del mercato unico europeo<sup>3</sup>, pregiudicava fortemente le imprese medio-piccole<sup>4</sup>, veniva consentita da una serie di circostanze, come la natura dispositiva della legislazione statale in materia<sup>5</sup>, la misura generalmente bassa dei tassi moratori previsti, e, infine, i tempi eccessivamente lunghi richiesti per la procedura di recupero crediti<sup>6</sup>, che, spesso, rendevano per il debitore più conveniente il pagamento in ritardo rispetto a quello tempestivo.

---

<sup>3</sup> Tali preoccupazioni erano già state fatte proprie dalla Comunità europea: infatti, nel 1995 la Commissione in una Raccomandazione aveva individuato in questa prassi un deleterio ostacolo alla crescita ed allo sviluppo delle imprese operanti in ambito comunitario.

<sup>4</sup> Le imprese, infatti, spesso dovevano attendere molto a lungo e sopportare pesanti oneri finanziari per ottenere il corrispettivo delle prestazioni svolte. In questo senso si v. il 7° considerando della Direttiva comunitaria 2000/35/CE.

<sup>5</sup> Molto spesso, infatti, le imprese o le P.A. committenti inserivano nel contratto clausole volte a ritardare di molto il termine di esigibilità del corrispettivo. In generale sulla tematica dei ritardi di pagamento nella sub contrattazione si rimanda a A. LORDI, *Sulla ragionevolezza dei termini di pagamento nella sub contrattazione: profili comparativi*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 717 ss.

<sup>6</sup> Frequentemente, i costi che il debitore veniva a sostenere in caso di ritardo finivano con l'essere spesso inferiori a quelli che sarebbe stato chiamato a sostenere in caso di pagamento tempestivo e quindi il ritardo poteva rivelarsi conveniente per il debitore. In questo senso si v. il 16° considerando della Direttiva comunitaria 2000/35/CE.

Il decreto di recepimento<sup>7</sup>, pur limitandosi in buona sostanza a riprodurre il contenuto della Direttiva, risulta particolarmente interessante<sup>8</sup>, riferendosi ad una materia, quella delle obbligazioni, sino ad ora di esclusiva prerogativa della disciplina codicistica<sup>9</sup>. Va però precisato che la regolamentazione in questione non ha un ambito di applicazione generale, essendo limitato, dal punto di vista soggettivo, ai soli contratti

---

<sup>7</sup> Il decreto è stato emanato a seguito della delega conferita al Governo con la l. 1.03.01, n. 39, legge comunitaria per il 2001. In relazione alla scelta di non operare una novellazione del codice ma mantenere la disciplina in questione al di fuori del codice, si sono espressi favorevolmente, tra gli altri, G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, p. 463, il quale ritiene che tale soluzione sia coerente con la natura di disciplina speciale della stessa. In particolare, A. VENCHIARUTTI, *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili generali*, in *I ritardi nei pagamenti*, Milano, 2004, p. 6 ss., manifesta qualche riserva in relazione alle modalità con le quali è stata attuata la delega legislativa: in primo luogo per la scelta di emanare un unico decreto legislativo, nonostante la legge consentisse l'emanazione di più decreti in ragione della materia trattata; in secondo luogo, da un punto di vista sostanziale, il legislatore delegato si è limitato ad effettuare un intervento di carattere settoriale, perdendo l'occasione per svolgere un ammodernamento complessivo della legislazione in materia. In buona sostanza il legislatore si sarebbe limitato ad una piatta riproduzione della normativa comunitaria.

Va sottolineato che molti, tra i quali, G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, cit., p. 463, rimarcano che il legislatore nazionale, limitandosi ad un acritico recepimento delle Direttiva, non ha colto l'opportunità di provvedere ad un'armonizzazione in materia, lasciando, così, irrisolti alcuni problemi di coordinamento tra detta disciplina e quella generale prevista dal codice civile.

Sottolineano alcune problematiche che presenterebbe la disciplina in questione, G. ROSSI, *I ritardi di pagamento imputabili al debitore*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 567 ss.; G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 3 ss., il quale evidenzia che se alcune disposizioni potrebbero essere esaustive, altre invece, come quelle relative al tempo dell'adempimento e alle conseguenze del ritardo, richiedono un'integrazione. In particolare rimarranno applicabili le disposizioni del codice civile se più favorevoli ai sensi dell'art. 11 comma 2 del decreto. L'A. sottolinea poi il problema di come interpretare l'art. 11 comma 2: se nel senso che le disposizioni del codice prevalgano su quelle del decreto oppure se il creditore abbia la facoltà di scegliere a sua discrezione se avvalersi del regime speciale o delle disposizioni del codice civile. Oppure, infine, se le disposizioni del codice civile possano venire in rilievo solo per colmare le lacune del decreto, senza però potere mai condurre ad una disapplicazione dello stesso.

Si avrà modo nel corso della trattazione di evidenziare ulteriori problemi di coordinamento.

<sup>8</sup> In generale sulla disciplina introdotta dalla Direttiva, L. MENGONI, *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *En. e dir. priv.*, 2001, p. 73 ss.

<sup>9</sup> Va, inoltre, sottolineato che la disciplina in questione si andrebbe a contrapporre a quella prevista dal codice civile per il fatto che a differenza di quest'ultima sarebbe orientata verso un favor creditoris. In questa questa disciplina si differenzia rispetto alla disciplina codicistica, ispirata invece ad un favor debitoris. Si può fare un discorso simile anche per l'ordinamento spagnolo, dal momento che le discipline che regolano la disciplina sulla mora: CC1889, CCO 1885 sono ispirate ad un favor debitoris. In particolare, A. LUMINOSO, *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, cit., p. 1043, e p. 1048, affronta il raffronto tra nuova disciplina e quella generale dettata in materia di obbligazioni.

stipulati tra imprenditori o imprenditori e P.A.<sup>10</sup>, e, dal punto di vista oggettivo, ai pagamenti effettuati a titolo di corrispettivo in una transazione commerciale<sup>11</sup>, da intendersi, secondo quanto previsto dall'art.

---

<sup>10</sup> E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 452, sottolinea l'importanza di capire l'ambito di applicazione del decreto dal momento che deroga rispetto alla disciplina generale.

Soffermandoci sulla nozione di imprenditore, si deve rilevare che la direttiva, all'art. 2, n. 1, faceva riferimento a ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione, anche se svolta da una sola persona. L'art. 2, lett. c., si riferisce a ogni soggetto esercente un'attività economica organizzata o una libera professione. Tale definizione, apparentemente più ampia di quella prevista dall'art. 2082 c.c., richiama la definizione fornita dal trattato della comunità europea, la quale è idonea a ricomprendere al suo interno oltre agli enti no profit che svolgano attività imprenditoriali, anche i soggetti che esercitano una libera professione. In questo senso, A. VENCHIARUTTI, *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili generali*, cit., p. 6; E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 462, sottolinea che la definizione di imprenditore utilizzata supera radicalmente la tradizionale distinzione tra imprenditore commerciale e piccolo imprenditore, ricomprendendo nell'ambito degli imprenditori commerciali anche i piccoli imprenditori. In particolare, G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 5, sottolinea che non è sufficiente la qualifica di imprenditore del soggetto, ma è necessario anche che tale soggetto abbia concluso la transazione commerciale nell'ambito della propria attività professionale o commerciale.

Per quanto concerne la definizione di P.A., la direttiva comunitaria, all'art. 2, n. 1, si limitava a far riferimento a qualsiasi pubblica amministrazione o ente, quali definiti dalle direttive sugli appalti pubblici 92/50/CEE, 93/36/CEE, 93/38/CEE. L'art. 2 lett. b, fa riferimento alle amministrazioni dello Stato, le regioni, le province autonome di Trento e Bolzano, gli enti pubblici territoriali e le loro unioni, gli enti pubblici non economici, ogni altro organismo dotato di personalità giuridica, istituito per soddisfare specifiche finalità d'interesse generale non avente carattere industriale o commerciale, la cui attività è finanziata in modo maggioritario dallo Stato, dalle regioni, dagli enti locali, da altri enti pubblici o organismi di diritto pubblico, o la cui gestione è sottoposta al loro controllo o i cui organi di amministrazione, di direzione o di vigilanza sono costituiti, almeno per la metà, da componenti designati dai medesimi soggetti pubblici. Tale definizione risulta anch'essa è piuttosto ampia e richiama la definizione fornita in tema di appalti pubblici dall' art. 1 del d.lgs 358/92. In particolare si dice che oltre a ricomprendere gli enti pubblici, si estende anche ai soggetti rientranti nella nozione di organismo di diritto pubblico. Tale definizione è propria del diritto comunitaria, soggetti che possono essere individuati sulla base di tre elementi: 1) la sussistenza della personalità giuridica; 2) lo svolgimento di attività finanziaria in modo maggioritario dallo Stato o da altri soggetti pubblici; 3) l'istituzione dell'organismo per il perseguimento di specifiche finalità di interesse generale, non aventi carattere industriale o commerciale. In questo senso, V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, p. 27 ss.

<sup>11</sup> A.M. BENEDETTI, *L'ambito applicativo*, in *I ritardi pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2003, p. 26, sostiene che il legislatore comunitario utilizzi una nozione atecnica di transazione commerciale, facendo in generale riferimento ai contratti commerciali. Deve evidenziarsi che chiaramente che tale termine viene utilizzato in un significato totalmente differente rispetto al termine transazione utilizzato dagli artt. 1965 c.c. e ss. In tal senso, E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 456, il quale afferma che in realtà molto spesso il d.lgs. utilizza termini in modo atecnico, come avviene anche in relazione all'utilizzo del termine prezzo – il quale propriamente rappresenta il corrispettivo nei contratti di vendita – in luogo del termine corrispettivo in denaro. Lo stesso vale per il termine "consegnare" che in realtà pare doversi riferire a tutta l'area dei trasferimenti di proprietà. L'A. lamenta che in generale il legislatore italiano si è



2 lett. a, come ogni contratto concluso tra imprese o tra imprese e P.A che comporti in via esclusiva o prevalente<sup>12</sup> la consegna di merci<sup>13</sup> o la prestazione di servizi verso il corrispettivo di un prezzo. Diversamente, per quanto attiene alla controprestazione, il riferimento al termine “pagamento” porterebbe a ritenere, anche alla luce dell’intera disciplina, che venga fatto riferimento unicamente agli atti di adempimento delle obbligazioni pecuniarie<sup>14</sup>, dovendosi, così, concludere che la disciplina

---

limitato a tradurre i termini utilizzati dal legislatore comunitario senza soffermarsi sul significato da attribuire agli stessi nell’ambito del nostro sistema giuridico.

<sup>12</sup> V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 19, sottolinea che il termine “prevalente” non era contenuto all’interno del testo della direttiva comunitaria e che il riferimento sarebbe funzionale ad estendere l’ambito di applicazione della disciplina in questione anche ai contratti misti il cui oggetto prevalente consista nella consegna di merci o nella prestazione di servizi.

<sup>13</sup> Per quanto attiene la nozione di “merce” il decreto precisa che si debbano intendere solo i beni economici mobili destinati alla vendita. Di conseguenza, la disciplina in questione non può trovare applicazione in relazione alla vendita di beni immobili, oppure in relazione ai beni mobili che vengano occasionalmente venduti da un imprenditore. In particolare, V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 20 ss., per comprendere il significato di questo termine suggerisce di rifarsi ai criteri interpretativi adottati dalla Corte di giustizia per l’individuazione dei beni in relazione ai quali trova applicazione la libera circolazione delle merci ex art. 23 del trattato UE. Si sofferma sulla scelta di non utilizzare il più vasto concetto di “bene”, A.M. BENEDETTI, *L’ambito applicativo*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 30 ss. L’A. sottolinea che, seppur i beni immobili non possano astrattamente rientrare nella definizione di merce, non potrebbe escludersi, vista l’identità di *ratio*, che la costruzione di immobili finalizzata alla vendita possa soddisfare il requisito della commercialità, con la conseguenza che il pagamento del prezzo potrebbe rientrare nell’ambito di applicazione della norma.

Il riferimento alla “merce” consente di ritenere che possano rientrare nella definizione di transazione commerciale i contratti di vendita, di somministrazione, di appalto e d’opera relativi ai beni mobili. Alcuni, invece, manifestano dubbi in relazione al fatto che possano essere fatti rientrare in questa categoria anche i contratti di locazione o leasing relativi ai beni mobili. In tale senso, G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di “lotta” contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 4, il quale ritiene, alla luce del confronto con il testo inglese e tedesco della Direttiva, che nella versione italiana il termine “consegna” venga utilizzato in modo improprio per designare il trasferimento della proprietà del bene.

Un problema non di poco conto che viene sollevato da E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 456, è se all’interno di tale definizione possano essere fatti rientrare anche i beni immateriali. L’A. ritiene che, seppur il riferimento al termine merce porti a propendere per la necessità della materialità della cosa, sia preferibile concludere che il termine merce venga utilizzato in modo atecnico e che si debbano ricomprendere nell’ambito di applicazione del decreto anche i contratti aventi ad oggetto beni immateriali.

<sup>14</sup> Tale conclusione sembrerebbe supportata dall’intera disciplina in questione: si pensi all’art. 1 che nel definire le transazioni commerciali fa riferimento ai contratti che comportano la consegna di merci o prestazioni di servizi verso il corrispettivo di un prezzo, oppure all’art. 6 che si riferisce espressamente del risarcimento dei costi sostenuti per il recupero delle somme non tempestivamente corrisposte. In questo senso, A.M. BENEDETTI, *L’ambito applicativo*, cit., p. 24. In particolare, E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 454, afferma che il riferimento al termine pagamento indicherebbe chiaramente che si deve trattare di un’obbligazione pecuniaria, e quindi un’obbligazione che sia sin dall’inizio di valuta e non di valore.

introdotta dal decreto risulti applicabile a qualsiasi contratto sinallagmatico, tipico o atipico<sup>15</sup>, che preveda, a fronte della prestazione di consegnare una somma di denaro, l'obbligo di consegnare merci o prestare servizi<sup>16</sup>, ad eccezione, ai sensi dell'art. 1 comma 2, dei debiti oggetto di procedure concorsuali aperte a carico del debitore, e delle richieste di interessi inferiori a 5 euro e dei pagamenti effettuati a titolo di risarcimento del danno, ivi compresi i pagamenti effettuati a tale titolo da un'assicurazione<sup>17</sup>.

---

<sup>15</sup> Alla luce di queste considerazioni, si potrebbe anche affermare che la disciplina in questione non abbia carattere settoriale, avendo diversamente portata generale in relazione a tutti i contratti conclusi tra imprese o tra imprese e pubbliche amministrazioni. In questo senso G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 462, il quale si interroga se la disciplina in questione rappresenterà un primo mattone di un nuovo erigendo edificio normativo concernente i contratti di impresa che si verrà ad affiancare a quello dei contratti dei consumatori.

<sup>16</sup> Il legislatore non ha voluto indicare espressamente i tipi contrattuali, consentendone così l'applicazione anche ai contratti atipici purché in essi si realizzi la consegna di una merce o la prestazione di un servizio verso la corresponsione di un prezzo, come, per esempio al leasing operativo, al franchising, all'engineering.

In relazione alla possibilità di estendere l'ambito di applicazione oltre a detti ambiti: in senso contrario, tra gli altri, A.M. BENEDETTI, *L'ambito applicativo*, cit., p. 27, afferma che non pare condivisibile estendere l'ambito di applicazione della disciplina in questione oltre a questi ambiti, dal momento che, trattandosi di una disciplina a carattere sanzionatorio, non pare ammissibile un'interpretazione analogica o estensiva. V. PANDOLFINI, *Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 5 D.Lgs. n. 231/02)*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2414, dice che l'ambito di applicazione oggettiva è preciso tanto da escludere possibilità di applicazione estensiva o analogica. Rimarrebbero, quindi, esclusi i contratti nei quali le prestazioni scambiate non consistono in pagamenti di somme di denaro, oppure quelli in cui, pur essendo previsto il pagamento di somme di denaro, tale prestazione non rappresenta il corrispettivo per beni o servizi, come nel caso dei contratti di mutuo e di finanziamento. Inoltre, non vengono esclusi dall'ambito di applicazione della norma tutti i crediti che non trovano la loro fonte in un contratto, come quelli derivanti da fatto illecito, da promesse unilaterali, da indebito o ingiustificato arricchimento. In tal senso, tra gli altri, V. PANDOLFINI, *Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 5 D.Lgs. n. 231/02)*, cit., p. 2414. G. DE CRISTOFARO, *Obbligazioni pecuniarie e contratti di impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, cit., p. 6.

Inoltre, con determinazione n. 5 del 27 marzo 2002 l'Autorità per la vigilanza sui lavori pubblici ha ritenuto la Direttiva non direttamente applicabile alla materia dei lavori pubblici. In senso contrario, G. DE NOVA, *Sub. art. 1*, in *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Padova, 2003, p. 6 ss. Contra, G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I contratti*, 2002, p. 629, il quale sottolinea che sarebbe opportuno ricomprendere nell'ambito di applicazione della stessa anche i lavori pubblici.

<sup>17</sup> E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 465, solleva il quesito se l'elencazione effettuata dall'art. 1 comma 2 in relazione ai casi di esclusione sia tassativa o meramente esemplificativa. U. SCOTTI, *Aspetti di diritto sostanziale del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 251, "Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali". Aspetti di diritto sostanziale*, in *Giur. merito*, 2003, p. 609, afferma che, in relazione alla previsione meno 5 euro dice che è molto infelice, sostenendo che vi sarebbero anche possibili profili di illegittimità costituzionale per la diversità di trattamento. La ragione dell'esclusione

Il decreto, nell'ottica di andare a eliminare le circostanze che consentivano i ritardi, provvede in primo luogo, all'art. 2, a fornire una particolare disciplina relativa ai termini<sup>18</sup>, consentendo, in conformità a

---

dovrebbe essere rinvenuta nel primo caso nel fatto che il legislatore ha dettato una specifica disciplina in materia, nel secondo dalla scarsa rilevanza degli stessi. In relazione alla seconda ipotesi l'A. dice che probabilmente si riferisce solo ai crediti sorti dopo la dichiarazione di fallimento.

<sup>18</sup> Non si può mancare di raffrontare questa disciplina con quella prevista per le obbligazioni in generale, e, in particolare, con quella relativa alle obbligazioni pecuniarie. In generale, in materia di obbligazioni pecuniarie, si v. T. ASCARELLI, *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1959, *passim*, in particolare in relazione all'impossibilità della prestazione, si v. p. 343 ss.

A. BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 729, definisce la disciplina del termine come la chiave di volta della disciplina comunitaria e sottolinea che si presenta come innovativa anche perché prescinde dal tipo contrattuale, e poi non è propriamente sussidiario in quanto in presenza di certe condizioni si applica.

Sulla disciplina dei termini in generale si rimanda a A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001, p. 260 ss., affronta il problema del coordinamento tra le discipline speciali nazionali e quella del decreto. Dicendo che in linea di principio dovrebbe prevalere quella del decreto in quanto disciplina di derivazione comunitaria. Tale conclusione però secondo l'A. potrebbe portare a risultati incongrui rispetto alle finalità e quindi sembrerebbe doversi concludere per la prevalenza della disciplina speciale se non in contrasto rispetto alla disciplina dettata dal decreto. In relazione alla subfornitura si pongono maggiori problemi perché a ben vedere la legge in questione non disciplina un tipo contrattuale particolare, ma una disciplina trasversale destinata ad integrare le disposizioni relative a determinati tipi contrattuali. Quindi anche tali disposizioni avrebbero carattere generale.

Problemi di coordinamento si pongono anche in relazione alle conseguenze del ritardo, in particolare con la l. n. 192/98 in tema di subfornitura, ponendosi il problema di quale delle discipline debba trovare applicazione in quei casi in cui astrattamente sussisterebbero le condizioni per l'applicazione di entrambe. L'art. 10 del decreto prevede modifiche alla legge sulla subfornitura, e, in particolare all'art. 3, in relazione alle conseguenze del ritardo nell'adempimento, prevedendo la mora automatica e un tasso di interessi più elevato. I problemi di coordinamento si pongono, in primo luogo, in relazione all'art. 3 della l. n. 192/98 che prevede che il prezzo pattuito deve essere corrisposto in un termine che non può eccedere i sessanta giorni dal momento della consegna del bene o della comunicazione dell'avvenuta esecuzione della prestazione. Tuttavia, può essere fissato un diverso termine, non eccedente i novanta giorni, in accordi nazionali per settori e comparti specifici, sottoscritti presso il Ministero dell'industria, del commercio e dell'artigianato da tutti i soggetti competenti per settore presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro in rappresentanza dei subfornitori e dei committenti. Può altresì essere fissato un diverso termine, in ogni caso non eccedente i novanta giorni, in accordi riferiti al territorio di competenza della camera di commercio, industria, artigianato e agricoltura presso la quale detti accordi sono sottoscritti dalle rappresentanze locali dei medesimi soggetti di cui al secondo periodo.

Sul punto, F.L. GAMBARO, *Disciplina dei pagamenti e subfornitura industriale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 810 ss., affronta le problematiche di coordinamento tra la legge in questione e la disciplina della subfornitura, rimarcando che, anche se a prima vista la disciplina dei termini parrebbe più favorevole per il creditore, in realtà le disposizioni relative alla subfornitura sono più restrittive. Nello stesso senso, A. LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 121, dice che il legislatore comunitario era stato anticipato da quello nazionale che all'art. 3 della l. 192/98 regolamentava la disciplina dei termini, in modo però più rigido rispetto alla disciplina comunitaria.

quanto previsto dalla disciplina generale all'art. 1183 c.c., in via prioritaria alle parti, seppur entro certi limiti, di determinare convenzionalmente il termine di adempimento<sup>19</sup>. Diversamente, in caso di mancato accordo sugli stessi, si dovrà far riferimento ai termini legali indicati dall'art. 4<sup>20</sup>, e non alle regole previste dall'art. 1183 c.c.<sup>21</sup>, escludendosi così anche il ricorso alla regola per la quale *quod sine die debetur statim debetur*<sup>22</sup>.

---

<sup>19</sup> Sottolinea questo aspetto, A.M. BENEDETTI, *L'ambito applicativo*, cit., p. 21; E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 475, parla di una sorta di inderogabilità graduata.

<sup>20</sup> Nel caso in cui le parti non abbiano stabilito il termine per adempiere la disposizione prevede che il termine legale sia di trenta giorni che decorrono dalla data del ricevimento della fattura o di una richiesta equivalente. Oppure, quando non è certa la data della fattura o della richiesta equivalente o quando la richiesta o la fattura sono state ricevute prima delle merci o dei servizi, dalla data di ricevimento della merce o della prestazione dei servizi. infine, dalla data dell'accettazione o della verifica eventualmente previste dalla legge o dal contratto ai fini dell'accertamento della conformità della merce o dei servizi, qualora la fattura o la richiesta siano state ricevute in epoca non successiva a tale data.

S. DE NOVA, *Sub. art. 4*, cit., p. 16, si sofferma sul valutare in cosa potrebbe consistere una richiesta di pagamento di contenuto equivalente, concludendo in particolare che tale potrebbe essere una prefattura o una notula pro forma strumento che viene spesso utilizzato per non dover pagare l'IVA. Sottolinea l'A. che in generale in questa formula possa essere ricompreso qualsiasi documento contenenti dati sufficienti affinché il debitore possa pagare. Sicuramente tale non può essere considerata una richiesta verbale. S. DE NOVA, *Sub. art. 4*, cit., p. 17, evidenzia che, pertanto, è nell'interesse del debitore di preconstituirsì la prova della data del ricevimento e che quindi sarà nel suo interesse inviare una fattura o una richiesta equivalente con raccomandata a. r.; oppure un fax con rapporto di ricezione.

A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 265, osserva che nel caso in cui i termini non siano stabiliti convenzionalmente, e il debitore si trovi nelle condizioni di dover far pervenire la fattura dopo aver ricevuto la prestazione, ha convenienza che non si formi certezza in relazione alla data di ricevimento della prestazione. In questo caso infatti si terrà conto del termine della fattura.

Viene invece prevista una disciplina peculiare per i contratti aventi ad oggetto beni alimentari deteriorabili, intendendosi, ai sensi dell'art. 2 lett. f, per prodotti alimentari deteriorabili, quelli come tali definibili ai sensi dell'articolo 1 del decreto del Ministro della sanità in data 16.12.93, pubblicato nella *Gazzetta Ufficiale* n. 303 del 28.12.93. In relazione a questi ultimi, l'art. 4 comma 3 prevede che "Per i contratti aventi ad oggetto la cessione di prodotti alimentari deteriorabili, il pagamento del corrispettivo deve essere effettuato entro il termine legale di sessanta giorni dalla consegna o dal ritiro dei prodotti medesimi e gli interessi decorrono automaticamente dal giorno successivo alla scadenza del termine. In questi casi il saggio degli interessi di cui all'articolo 5, comma 1, e' maggiorato di ulteriori due punti percentuali ed e' inderogabile".

<sup>21</sup> A meno di non ritenere che il termine di esigibilità continui a venire regolato dall'art. 1183 c.c. e che l'art. 4 si limiti a regolare il momento da cui il debitore deve essere considerato in mora. Ma in realtà la generalità della dottrina, tra questi E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 474, sostiene che si tratti di un termine di esigibilità. Nel caso di specie pare trovare applicazione l'art. 1186 c.c. che prevede che di regola il termine sia a favore del debitore.

<sup>22</sup> Diversamente, in relazione ai termini legali sembra possibile ravvisare maggiori differenze: come sappiamo, l'art. 1183 c.c. non fa riferimento al termine come elemento necessario della prestazione, prevedendo, in mancanza di accordo delle parti, la prestazione possa essere immediatamente esigibile, salvo che in virtù degli usi o per la natura della prestazione per il modo o il luogo dell'esecuzione sia necessario un

Nessuna novità sostanziale, invece, almeno secondo la dottrina maggioritaria, sembrerebbe essere stata prevista in relazione alla responsabilità del debitore in caso di ritardo, laddove viene previsto che il debitore debba essere considerato responsabile, salvo che riesca a provare che il ritardo nel pagamento del prezzo è stato dovuto all'impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile, risultando l'art. 3 sostanzialmente riproduttivo dell'art. 1218 c.c., disposizione che, come sappiamo, difficilmente consente al debitore di andare esente da responsabilità in caso di ritardo nell'adempimento di una obbligazione pecuniaria<sup>23</sup>. Una diversa interpretazione dell'art. 3, volta a individuare

---

termine. In questi casi, in mancanza di accordo tra le parti, il termine potrà venire stabilito dal giudice. In relazione a questo aspetto il decreto, non avvalendosi della possibilità prevista dall'art. 6.2 della direttiva che consentiva agli Stati di lasciare in vigore norme che siano più favorevoli al creditore, ha introdotto una disciplina meno favorevole per lo stesso. Vengono però anche offerte differenti interpretazioni della disposizione: S. DE NOVA, *Sub. art. 4*, cit., p. 15, osserva che, prevedendo l'art. 11 del decreto che sono fatte salve le disposizioni del codice civile che contengono una disciplina più favorevole per il creditore, si potrebbe ritenere che nel caso in cui le parti non prevedano il termine del pagamento il creditore avrebbe il diritto di domandare gli interessi moratori dalla data in cui richiede il pagamento alla data in cui inizia a decorrere il termine di cui all'art. 4 del decreto.

Va però ricordato anche che le parti possono sempre accordarsi nel senso dell'immediata esigibilità della prestazione.

<sup>23</sup> Chiaramente per poter verificare se la disposizione sia un'inutile ripetizione dell'art. 1218 c.c. sarebbe necessario, in via preliminare, soffermarsi, seppur molto brevemente, sull'interpretazione del termine adempimento non imputabile di cui all'art. 1218 c.c., da sempre oggetto di forte dibattito. Come sappiamo con l'entrata in vigore del codice del 1942 c.c. la disciplina della responsabilità del debitore venne ricondotta in un'unica disposizione, l'art. 1218 c.c., e si diffusero sostanzialmente due orientamenti sull'interpretazione della disposizione: quello della colpa e quello della responsabilità oggettiva. Il primo collegava l'art. 1228 c.c. all'art. 1256 c.c., sostenendo che il debitore deve essere considerato responsabile laddove non riesca a provare che l'inadempimento è dovuto all'impossibilità oggettiva e assoluta della prestazione, escludendosi qualsiasi rilevanza alle cause inerenti alla persona del debitore e alla sua colpa. Il fondamento della responsabilità diveniva, in questo modo, l'obiettivo mancato soddisfacimento dell'interesse creditorio. La seconda teoria, invece, proponeva di leggere la norma alla luce dell'art. 1176 c.c., collegando quindi la responsabilità alla negligenza. In questo senso, in particolare, E. BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953, p. 113 ss., M. GIORGIANNI, *Lezioni di diritto civile*, Bologna, 1956, 163 ss.; C.M. BIANCA, *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979, p. 82 ss. In base a questa seconda impostazione, per andare esente da responsabilità, il debitore dovrebbe limitarsi a provare di non essere stato in colpa. In questo senso C.M. BIANCA, *Diritto civile*, vol. V, Milano, 1994, p. 11 ss. In questo modo si arrivava a limitare la responsabilità del debitore a quanto da lui si poteva pretendere in base alla normale diligenza. In questo senso, G. VISINTINI, *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 2006, p. 103 ss. R. SACCO, *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Eu. e dir. priv.*, 2001, p. 131, per una panoramica sulle legislazioni europee.

Particolari problemi si pongono però in relazione alle obbligazioni pecuniarie alle quali, in quanto considerate generalmente obbligazioni di dare cosa generica, tradizionalmente si applica il principio del *genus nunquam perit*: queste ultime di conseguenza non diverrebbero mai impossibili, e quindi vi sarebbe un'incondizionata responsabilità da parte del debitore, il quale non potrebbe mai fornire una prova

nella disposizione un'ipotesi di inadempimento temporaneo non imputabile, seppur sostenuta da autorevole dottrina<sup>24</sup>, sembrerebbe dover

---

liberatoria, in quanto tali obbligazioni, potrebbero diventare soggettivamente impossibili ma mai oggettivamente. Gli unici casi in cui il debitore potrebbe andare esente da responsabilità sono quelle di incidenti nella trasmissione del denaro. In particolare si v., in giurisprudenza, Cass. 13.08.90, n. 8249, in *Mass. Giur. It.*, 1990, secondo la quale in tema di obbligazioni pecuniarie l'impossibilità sopravvenuta non imputabile al debitore assume il significato di evento interamente estraneo alla sfera di controllo dell'obbligato e da lui inevitabile per essere di provenienza esteriore rispetto alla sua attività e privo di qualunque connessione, anche solo occasionale, con quest'ultima.

Va inoltre precisato che la posizione del debitore risulta ancora più critica in relazione alle ipotesi, non di inadempimento definitivo, ma di ritardo nell'adempimento; dal momento che in questi casi si dice che se il debitore non adempie nel termine, è tenuto a corrispondere gli interessi moratori indipendentemente dalla prova del danno, dal momento che il denaro è un bene che per sua natura produce interessi e la mancata corresponsione del capitale, producendo automaticamente danni. In buona sostanza, sembrerebbe che gli unici casi in cui il debitore possa venire esonerato dalla responsabilità per ritardo nell'adempimento sono quelli in cui sussista mora accipiendi. Per quanto attiene alla disposizione contenuta nel decreto, la stessa desta stupore, dal momento che da un punto di vista letterale sembrerebbe discostarsi da ciò. In particolare, G. ROSSI, *I ritardi di pagamento imputabili al debitore*, cit., p. 567 ss., afferma che se la disposizione dovesse essere interpretata alla lettera finirebbe con lo sconvolgere il principio generale per il quale il debitore è sempre responsabile per il mancato pagamento allo scadere del termine. L'A. sottolinea che la previsione si porrebbe anche in contrasto con quanto affermato nei principi Unidroit agli artt. 7.1.4 e ss. che sembrano condividere l'impostazione del codice. Per questa ragione si è cercato di dare alla disposizione un'interpretazione differente secondo la quale il debitore non è responsabile del ritardo se il ritardo è imputabile al creditore. In tal senso, G. DE MARZO, *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 1160, in modo da mantenere in vita il sistema di responsabilità incondizionata del debitore in caso di obbligazioni pecuniarie. Tale interpretazione pare coerente anche con la finalità della direttiva che è chiaramente ispirata a un favor creditoris. Nel senso che l'art. 3 sia meramente riproduttivo dell'art. 1218 c.c.: U. SCOTTI, *Aspetti di diritto sostanziale del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 251, "Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali"*. *Aspetti di diritto sostanziale*, cit., p. 614, dice che l'art. 3 non si presentava come necessario in quanto meramente riproduttivo dell'art. 1218; G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, cit., p. 11; S. DE NOVA, *Sub. art. 3*, in *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, cit., p. 11; A. BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, cit., p. 717, dice che l'art. 3 sostanzialmente riproduce l'art. 1218 c.c. e quindi il debitore potrebbe andare esente da responsabilità solo se il ritardo dipende dal creditore: ad es. in caso di rifiuto ingiustificato di ricevere la prestazione.

<sup>24</sup> Diversamente, voci isolate hanno sostenuto che, l'art. 3 sarebbe fortemente innovativo, introducendo un'ipotesi di inadempimento temporaneo non imputabile. Infatti va sottolineato che in relazione alle ipotesi di ritardo nell'adempimento, di regola si ritiene che il debitore non possa in alcun modo fornire prova liberatoria e, di conseguenza, gli interessi moratori siano sempre dovuti. Secondo alcuni però la disposizione contenuta nel decreto si presenterebbe fortemente innovativa. In questo senso, A. RICCIO, *Gli interessi previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 1310; ID, *La mora non imputabile in materia di obbligazioni pecuniarie*, in *Contr. e impr.* 2002, p. 1307, sottolinea che sembra così introdotta l'impossibilità temporanea non imputabile. Diversamente, la disciplina generale prevede che gli interessi debbano essere corrisposti a prescindere dalla prova del danno sofferto e non il ritardo viene sempre reputato imputabile al debitore. In questi casi invece troverebbe applicazione l'art. 1256 c.c.

venire esclusa alla luce di quella che è la *ratio*, la tutela del creditore, che ispira l'intera disciplina.<sup>25</sup> Si dovrebbe però evidenziare che nel caso di specie, non trattandosi di un inadempimento definitivo, ma semplicemente di un ritardo nell'adempimento, il debitore, per andare esente da responsabilità, non dovrà provare un'impossibilità oggettiva e definitiva della prestazione, ma piuttosto un'impossibilità di eseguire tempestivamente la prestazione derivante da causa non imputabile<sup>26</sup>.

Il decreto provvede poi, in modo dettagliato, a disciplinare le conseguenze del ritardo imputabile, prevedendo che il debitore che non adempia entro il termine stabilito convenzionalmente o legalmente venga automaticamente messo in mora, senza bisogno, quindi, di un atto di intimazione da parte del creditore, con la conseguenza che gli interessi iniziano a decorrere dal giorno successivo alla scadenza del termine per il pagamento, o, in caso di termini legali, allo scadere del termine legale indicato dall'art. 4 comma 2. La decorrenza degli interessi moratori non viene dal legislatore neppure subordinata all'adempimento da parte del creditore degli obblighi contrattuali e di legge, mancanza che, però, può essere ovviata tramite il richiamo alla disciplina generale stabilita in materia di contratti: in particolare, in questi casi il debitore potrebbe eccepire *ex art. 1460 c.c.* l'inadempimento da parte del debitore<sup>27</sup>.

---

In questo modo, verrebbe introdotta una disciplina meno favorevole per il creditore rispetto alla disciplina generale, e di conseguenza, alla luce di quanto previsto dall'art. 11 comma 2 del decreto stesso, se ne dovrebbe prevedere la disapplicazione incontrovertibile che la prestazione di dare una somma di denaro non potesse mai divenire oggettivamente impossibile.

<sup>25</sup> La medesima questione viene sollevata nell'ambito dell'ordinamento spagnolo, dove si conclude che tenuto conto della finalità a cui è orientata l'intera disciplina, ovvero quella del *favor creditoris*, si dovrebbe ritenere che la disposizione vada interpretata nel senso di adottare una concezione oggettiva di mora. L.M. MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, cit., p. 266.

<sup>26</sup> Vi è però chi sottolinea che in questa sede non si verte su un caso di impossibilità definitiva, trattandosi di un mero ritardo nell'adempimento, e quindi l'esonero di responsabilità dovrebbe ricollegarsi all'impossibilità temporanea di cui all'art. 1256, comma 2 c.c. In tal senso E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 470.

<sup>27</sup> A. VENCHIARUTTI, *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili generali*, cit., p. 19. Arriva alla medesima soluzione anche M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004, p. 26, la quale sottolinea che il legislatore italiano non ha riproposto la previsione comunitaria che condiziona il diritto del creditore alla corresponsione degli interessi alla circostanza che egli abbia adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge. Secondo l'A. tale lacuna può essere colmata facendo riferimento alle disposizioni contenute nell'art. 4 del decreto a cui l'art. 3 fa espresso richiamo: tale disposizione, infatti, ancora la decorrenza degli interessi moratori a precisi presupposti (ricevimento delle merci o prestazione dei servizi, ecc.) dai quali risulta implicitamente che è necessario che il

La previsione della mora *ex re* non sembrerebbe divergere, in realtà, da quanto stabilito in sede di obbligazioni in generale dal momento che in virtù del combinato disposto degli artt. 1219, comma 2, c.c. e 1182, comma 3 c.c., in caso di obbligazioni pecuniarie, in quanto portabili, non viene richiesto un atto di intimazione da parte del creditore<sup>28</sup>, a meno che il debitore sia la P.A., dal momento che in questi casi la disciplina generale, derogando all'art. 1182 c.c., richiederebbe l'adempimento presso l'Amministrazione<sup>29</sup>. Diversamente, particolarmente significativa risulta la previsione, contenuta nell'art. 2, lett. e, di un elevato tasso di interessi

---

creditore abbia adempiuto alla sua prestazione. Va però evidenziato che la Direttiva comunitaria all'art. 3 comma 1, lett. c, indicava espressamente che il creditore ha diritto agli interessi moratori solamente se ha adempiuto agli obblighi contrattuali e di legge.

<sup>28</sup> Ritieni che si tratti di mora *ex re*, tra gli altri, C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 441.

Anche se queste ipotesi sembrerebbero comunque in parte differenziarsi dalle ipotesi di mora *ex re* previste dall'art. 1219 c.c. Pare infatti che si debba considerare che mentre queste ultime non presuppongono alcuna attività da parte del creditore volta a manifestare la volontà di ricevere la prestazione, le ipotesi previste dal decreto presupporrebbero, diversamente, una qualche attività da parte del debitore. Tali comportamenti, anche se non finalizzati a metterlo in mora, sarebbero comunque necessari ad attivare il meccanismo previsto per il decorso dei termini. Si pensi all'art. 4 comma 2 lett. a, che prevede che gli interessi inizino a decorrere alla scadenza del termine di trenta giorni dal ricevimento della fattura da parte del debitore o di una richiesta di pagamento di contenuto equivalente. Tale indicazione ci mostra chiaramente che il creditore, pur non dovendo intimare al debitore di adempiere, deve comunque manifestare tale volontà, anche se in una fase, per così dire, anteriore. In questo modo questo meccanismo di messa in mora si verrebbe a caratterizzare per avere tratti peculiari che lo rendono per certi versi una soluzione intermedia tra mora *ex re* e mora *ex persona*.

<sup>29</sup> Maggiormente innovativa, almeno da questo punto di vista, risulta la disciplina introdotta dietro impulso del legislatore comunitario in altri ordinamenti, come ad esempio in quello spagnolo, laddove non viene prevista la mora automatica nel caso di prestazioni da adempiere presso il domicilio del creditore, come quelle pecuniarie. Per quanto attiene ad una breve panoramica sulla mora all'interno dell'ordinamento spagnolo, si rimanda a L. DIEZ PICAZO, *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, in *ADC*, 1969, p. 383; J. SANTOS BRIZ, *Sub art. 1100*, in *Comentario del Código civil*, a cura di I. Sierra Gil De la Cuesta, Barcellona, 2006, p. 130 ss. L'istituto della mora viene disciplinato dagli artt. 1100 CC e 63 CCom, così come in Italia, anche in Spagna sono previste delle ipotesi di mora *ex re*, ma differenti sono le ipotesi: in particolare, come si è detto, in Spagna non rappresenta un'ipotesi di mora automatica il caso dell'obbligazione da adempiere presso il domicilio del creditore.

Per quanto attiene ai requisiti per far sorgere la mora vi è quello della liquidità, ovvero della liquidità, oltre, chiaramente a quello della esigibilità della prestazione. Inoltre, il ritardo deve essere colpevole, nel senso che il debitore deve aver omesso la diligenza che da lui ci si poteva attendere secondo le circostanze. L'art. 1183 prevede che a carico del debitore sussista una presunzione di colpa. Diversamente la disciplina introdotta dietro impulso del legislatore comunitario prescinderebbe da alcuni requisiti richiesti per potersi parlare di mora, come l'intimazione - che in questi casi sulla base della disciplina generale dovrebbe venire richiesta - la culpabilidad del debitore e la liquidità del credito.



previsto, in mancanza di un diverso accordo tra le parti<sup>30</sup>, pari al saggio di interessi del principale strumento di rifinanziamento della Banca centrale europea applicato alla sua più recente operazione di rifinanziamento principale effettuata il primo giorno di calendario del semestre in questione, maggiorato di sette punti percentuali<sup>31</sup>. La previsione in questione mira, evidentemente, a sanzionare il debitore moroso e a svolgere una funzione deterrente, mirando a fare in modo che il debitore possa vedere come non conveniente la scelta di ritardare l'adempimento<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> V. PANDOLFINI, *Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* (art. 5 D.Lgs. n. 231/02), cit., p. 2414, definisce questa previsione come lo strumento principale predisposto dalla direttiva. Sul punto si v. A. RICCIO, *Gli interessi previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, cit., p. 554 ss.

Va comunque tenuto presente che le parti possono convenire un tasso diverso da quello previsto dal decreto, salvo che nelle ipotesi di prodotti alimentari deteriorabili.

<sup>31</sup> La direttiva prevedeva che il Ministero dell'economia e delle finanze provvedesse a dare notizia del saggio al quale si fa riferimento al netto della maggiorazione ivi prevista curandone la pubblicazione nella Gazzetta ufficiale.

<sup>32</sup> V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, in *Contr. e impr. eu.*, 2006, p. 351. A. VENCHIARUTTI, *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili generali*, cit., p. 6, sottolinea che in questo caso non è possibile ritenere che gli interessi abbiano esclusivamente finalità compensativa, avendo gli stessi anche finalità sanzionatoria. A. RICCIO, *Gli interessi previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, cit., p. 556, definisce gli interessi moratori previsti come una sorta di sanzione civile punitiva o pena privata che ha anche funzione deterrente nei confronti dei debitori.

Sul punto, ci si deve interrogare sul rapporto tra disciplina introdotta dal decreto e quella dettata in materia di usura, che persegue una finalità completamente diversa, ovvero la tutela del debitore. Pone il problema, G. SPOTO, *L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) Italia*, in *Eu. e dir. priv.*, 2004, p. 172 ss. Il rapporto tra le due impone di chiedersi se, ai fini dell'applicazione della norma antiusura, gli interessi corrispettivi siano in qualche modo equiparabili a quelli moratori. Viene sottolineato che, pur sussistendo una differenza ontologica tra le tipologie di interessi, tale da escludere l'applicazione di una stessa disciplina per due fenomeni non facilmente sovrapponibili, la giurisprudenza della Cassazione ha sostenuto la tesi dell'omogeneità di trattamento di tutti gli interessi. In tal senso, Cass., 22.03.00, n. 5286, in *Dir. e prat. soc.*, 2000, p. 52.

In realtà, il fatto che si tratti di interessi moratori e non corrispettivi non osterebbe di per sé all'applicabilità in questi casi della disciplina dell'usura, dal momento che la l. antiusura parla di interessi a qualsiasi titolo. In tal senso, Corte Cost. 25.2.02, n. 29, in *Giur. it.*, 2002, c. 1125. Nello stesso senso, A. VENCHIARUTTI, *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili generali*, cit., p. 26.

In realtà, tale possibilità parrebbe doversi escludere per differenti ragioni: per quanto attiene agli interessi convenzionali, anche nel caso in cui fosse stato pattuito un tasso di interesse eccessivamente elevato in danno al debitore, la disciplina dell'usura allo stato dei fatti non potrebbe essere invocata dal momento che, ai sensi dell'art. 2 della l. n. 108/96, la stessa risulta applicabile solo alle classificazioni indicate tramite decreto del Ministero del Tesoro, e attualmente non pare che le transazioni commerciali possano rientrare in tali classificazioni. Rimarrebbe in ogni caso applicabile in questi casi l'art. 1815 c.c. In tal senso, M. GRONDONA, *Termini di pagamento e interessi da ritardo*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, cit., p. 62, il quale appunto sottolinea che nel caso in cui sia il creditore la parte forte e imponga al debitore un tasso di interessi molto elevato, si

Oltre a questa funzione, gli interessi moratori hanno anche, come di regola, la funzione di risarcire il creditore dei danni patiti<sup>33</sup>, senza che il creditore sia chiamato a provare l'effettivo danno subito. In relazione proprio ai limiti del danno risarcibile, questa disciplina sembra introdurre importanti novità rispetto a quella tradizionale: come sappiamo, l'art. 1224 c.c. consente al creditore di domandare al debitore il maggior danno, ovvero il danno che gli interessi moratori non riescono a "coprire"<sup>34</sup>, solo in caso di

---

potrebbe richiamare l'art. 1815, comma 2, c.c. Nello stesso senso, A. RICCIO, *Gli interessi previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, cit., p. 565, secondo il quale potrebbe trovare applicazione l'art. 1815 c.c. In relazione a questa possibilità, si deve però ricordare che essa presuppone la sussistenza di tutti gli elementi del reato di usura, e quindi, è necessario non solo che vengano previsti interessi esorbitanti, ma anche lo stato di bisogno del debitore e il consapevole approfittamento da parte del creditore.

Non pare, invece, in ogni caso ammissibile l'invocabilità della disciplina in questione nel caso in cui trovi applicazione il tasso legale previsto dal decreto, anche laddove lo stesso risulti particolarmente elevato, in quanto gli artt. 1815 c.c. e 644 c.p. si riferiscono solo agli interessi convenzionali. In tal senso, A. RICCIO, *Gli interessi previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, cit., p. 556.

V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, cit., p. 352, afferma che l'introduzione di conseguenze sanzionatorie così gravi è però temperata dalla presenza di due condizioni. In primo luogo, il mero ritardo non è di per sé idoneo a far decorrere gli interessi, ma è necessario che siano stati adempiuti tutti gli obblighi *ex parte creditoris*, e, in secondo luogo, che il ritardo non sia imputabile al creditore. Ciò al fine di evitare che il creditore possa eventualmente trarre vantaggi o lucrare visti i tassi di interessi particolarmente elevati. In ogni caso, a p. 354, dice che la direttiva mira a realizzare un *favor creditoris*.

<sup>33</sup> Cass. civ., 18.06.04, n. 11415, in *Mass. Giur. It.*, 2004, afferma che: "Nelle obbligazioni pecuniarie gli interessi moratori accordati al creditore dal primo comma dell'art. 1224 c.c. hanno funzione risarcitoria, rappresentando il ristoro, in misura forfettariamente predeterminata, della mancata disponibilità della somma dovuta".

<sup>34</sup> Si deve poi valutare cosa possa essere fatto rientrare nella nozione di maggior danno: tipicamente vi viene fatta rientrare la svalutazione monetaria, nel senso della perdita del potere di acquisto della moneta. Ci si deve chiedere se gli interessi moratori e la rivalutazione monetaria siano distinte voci fra loro cumulabili. Si pongono il dubbio F. CARINGELLA e G. DE MARZIO, *Le obbligazioni*, Milano, 2007, p. 118 ss. La giurisprudenza si è in parte pronunciata in senso favorevole sostenendo che gli interessi rappresentano il lucro cessante e la rivalutazione il danno emergente, Cass. 6.06.81, n. 3661, in *Mass. Giur. It.*, 1981; Cass., 30.11.78, n. 5670, in *Giur. it.*, 1979, p. 1115, con la quale la Cassazione, mutando un orientamento consolidato, afferma che tra i danni che possono spettare al creditore ex art. 1224, comma 2, c.c. vanno automaticamente compresi anche quelli derivanti dalla svalutazione monetaria causata dalla mora del debitore. Tale orientamento venne però fortemente criticato in virtù del fatto che, alla luce del principio nominalistico, il danno consiste non nella "svalutazione", che è un termine generico e troppo indeterminato, ma nelle perdite e nei mancanti guadagni conseguenti all'impossibilità dell'impiego del denaro in operazioni speculative. In tal senso, C. PINA, *Mutamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. it.*, 1979, p. 1115. In questo senso anche la giurisprudenza maggioritaria, secondo la quale dalla lettura della norma appare chiaramente che la rivalutazione non può aggiungersi agli interessi ma copre soltanto la parte di danno non risarciti da questi ultimi. In tal senso Cass., 14.01.88, n. 260, in *Rep. foro it.*, 1988, voce *Danni civili*, n. 219. si v., in particolare, Cass. civ. Sez. Unite, 1.12.89, n. 5299.

applicazione degli interessi legali<sup>35</sup>. Diversamente, il decreto, all'art. 6, sembrerebbe ammettere la risarcibilità del maggior danno anche nel caso in cui il tasso di interessi sia stato convenzionalmente pattuito<sup>36</sup>. Inoltre, all'obbligo di corrispondere gli interessi moratori, il decreto, all'art. 6, aggiunge anche l'obbligo di rimborsare le spese sostenute per il recupero delle somme non tempestivamente pagate<sup>37</sup>; possibilità che sembrerebbe

---

Vengono però proposte diverse letture dell'art. 6: M. GRONDONA, *Responsabilità del debitore e risarcimento del danno*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, cit., p. 104, sottolinea che la disposizione in questione darebbe nuovi spunti di riflessione: infatti se gli interessi moratori nel caso di specie vengono ad assumere oltre alla funzione risarcitoria anche quella sanzionatoria, si deve prendere atto che il danno da svalutazione altro non fa che ristorare la perdita economica subita in conseguenza dell'inflazione. Alla luce di ciò si potrebbe riconsiderare il rapporto tra interessi moratori e maggior danno.

In relazione al maggior danno e all'onere della prova che grava sul creditore, si v. Cass. civ. Sez. Unite, 16.07.08, n. 19499, in *Corriere Giur.*, 2008, p. 1555. Nelle obbligazioni pecuniarie, in mancanza di discipline particolari dettate da norme speciali, il maggior danno di cui all'art. 1224, comma 2, c.c. (rispetto a quello già coperto dagli interessi legali moratori non convenzionali che siano comunque dovuti) è riconoscibile in via presuntiva, per il creditore che ne chieda il risarcimento - dovendo ritenersi superata l'esigenza di inquadrare il creditore in una delle categorie a suo tempo individuate - nella eventuale differenza, a decorrere dalla data di insorgenza della mora, tra il tasso del rendimento medio annuo netto dei titoli di Stato di durata non superiore a dodici mesi ed il saggio degli interessi legali determinato per ogni anno ai sensi del primo comma dell'art. 1284 c.c. La prova potrà dirsi raggiunta invece per l'imprenditore solo se, in relazione alle dimensioni dell'impresa ed all'entità del credito, sia presumibile che il ricorso o il maggior ricorso al credito bancario abbia effettivamente costituito conseguenza dell'inadempimento.

Inoltre, ci si deve chiedere se sia possibile ricondurre nel maggior danno anche il costo del denaro preso a prestito per far fronte al ritardo oppure se tale costo debba essere ricompreso all'interno degli interessi moratori. Solleva il problema, S. DE NOVA, *Sub. art. 6*, in *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, cit., p. 21, sostiene che sia da preferire la seconda soluzione dal momento che il tasso di mora previsto è particolarmente elevato. L'A. sottolinea che in ogni caso chi dovesse valutare più favorevole l'applicazione della disciplina generale potrebbe richiamare quest'ultima, con l'esclusione però in *toto* della disciplina prevista dal decreto.

<sup>35</sup> Si considera, infatti, la pattuizione convenzionale degli interessi moratori alla stregua di una clausola penale e, di conseguenza, ai sensi dell'art. 1382 c.c. il risarcimento viene limitato alla prestazione promessa, a meno che non sia stata espressamente convenuta la risarcibilità del danno ulteriore. La giurisprudenza, infatti, è nel senso di escludere il cumulo tra gli interessi moratori e la possibilità di agire per ottenere il risarcimento del maggior danno nel caso in cui le parti abbiano stabilito una diversa misura degli interessi moratori dal momento che l'accordo su una misura diversa di interessi viene vista come una clausola penale. In questo senso, Cass., 21.07.01, n. 8481, in *Rep. foro it.*, 2001, voce *Danni civili*, n. 247.

<sup>36</sup> In tal senso, S. DE NOVA, *Sub. art. 6*, cit., p. 21.

<sup>37</sup> La direttiva all'art. 3, l. e, precisava che il creditore ha il diritto di esigere dal debitore un risarcimento ragionevole per tutti i costi di recupero sostenuti a causa del ritardo. Veniva anche data la facoltà agli Stati membri di fissare un importo massimo per quanto riguarda i costi di recupero per vari livelli di debito. Anche tale disposizione introduce un regime "speciale" rispetto alla disciplina generale. In questo senso G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, cit., p. 10, il quale sottolinea che dette somme debbono essere risarcite sempre e comunque, a prescindere dall'attitudine della somma che il debitore è tenuto a corrispondere a titolo di interesse moratorio a risarcire tutti i danni sofferti a causa del ritardo. In relazione ai costi di recupero il legislatore precisa che

ammessa indipendentemente dall'idoneità degli interessi moratori a "rimborsare" anche dette spese<sup>38</sup>.

---

nella loro quantificazione ci si deve ispirare ai principi di trasparenza e proporzionalità. Sul punto, si v. A. VENCHIARUTTI, *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili generali*, cit., p. 28, il quale evidenzia che il legislatore nazionale omette il riferimento alla ragionevolezza contenuto nella direttiva. In relazione ai costi di recupero, il decreto prevede che debbano essere rimborsati i costi rispondenti ai principi di trasparenza e di proporzionalità, potendo essere determinati anche in base ad elementi presuntivi e tenuto conto delle tariffe forensi in materia stragiudiziale.

<sup>38</sup> Non ci si soffermerà per ragioni di tempo su altre interessanti previsioni. Basti pensare alla disposizione relativa alla riserva di proprietà: l'art. 4 della direttiva prevedeva che gli Stati membri provvedessero, in conformità alle disposizioni nazionali applicabili secondo il diritto internazionale privato, affinché il venditore conservasse il diritto di proprietà sui beni fintanto che essi non siano stati pagati integralmente, qualora sia stata concordata una clausola di riserva della proprietà tra l'acquirente e il venditore prima della consegna dei beni. L'art. 11 comma 3 del decreto di attuazione prevede che la riserva di proprietà di cui all'art. 1523 c.c. preventivamente concordata per iscritto tra le parti, è opponibile ai creditori del compratore se è confermata nelle singole fatture delle successive forniture aventi data certa anteriore al pignoramento e regolarmente registrate nelle scritture contabili. G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, cit., p. 16, sottolinea che l'esatto significato di tale disposizione non risulta chiaro, sembrerebbe finalizzata a evitare che la riserva di proprietà possa essere subordinata a requisiti ulteriori.

L'aspetto maggiormente saliente in questo caso sarebbe la possibilità di inserire suddetta clausola sino al momento della consegna del bene e quindi anche dopo la conclusione del contratto. Diversamente la disciplina generale richiede che tale clausola venga stabilita sin dalla conclusione del contratto.

Vengono regolati anche meccanismi che garantiscono forme di tutela collettive: l'art. 8 del d.lgs 231/02 prevede che le associazioni di categoria degli imprenditori presenti nel Consiglio nazionale dell'economia e del lavoro (CNEL), prevalentemente in rappresentanza delle piccole o medie imprese di tutti i settori produttivi e degli artigiani sono legittimate ad agire, a tutela degli interessi collettivi richiedendo al giudice competente di accertare ai sensi dell'art. 7 la grave iniquità delle condizioni generali concernenti la data del pagamento o le conseguenze del relativo ritardo e di inibirne l'uso; di adottare le misure idonee a correggere o eliminare gli effetti dannosi delle violazioni accertate; di ordinare la pubblicazione del provvedimento su uno o più quotidiani a diffusione nazionale oppure locale. L'inibitoria può venire concessa, quando ricorrono giusti motivi di urgenza, ai sensi degli articoli 669-bis e seguenti del codice di procedura civile.

Si v. sul punto, E. VULLO, *Le disposizioni processuali del d.legisl. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2003, p. 19, il quale sottolinea che la predisposizione dello strumento dell'azione collettiva non rappresenta una novità per il nostro ordinamento. In particolare, per quanto attiene allo strumento dell'inibitore l'A. precisa che lo stesso può essere utilizzato o in via di azione ordinaria oppure in via cautelare, ricorrendo il requisito dei giusti motivi di urgenza necessario per procedere in via cautelare.

Di particolare interesse risulta poi l'ultimo comma dell'art. 8 il quale prevede che in caso di inadempimento degli obblighi stabiliti dal provvedimento reso al termine del giudizio di cui ai commi 1 e 2, il giudice può disporre, anche su richiesta dell'associazione che ha agito, il pagamento di una somma di denaro da euro 500 a euro 1.100, per ogni giorno di ritardo, tenendo conto della gravità del fatto. Tale misura richiama alla mente le astreinte del diritto francese. Sul punto, E. VULLO, *Le disposizioni processuali del d.legisl. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 20, il quale sottolinea che tale previsione risulta molto opportuna in relazione all'inibitoria, trattandosi di una condanna all'astenersi da un fare, obbligo infungibile che richiede forme di esecuzione indiretta.

## 2. Una nuova ipotesi di controllo del giudice sull'equilibrio del regolamento contrattuale.

La disciplina introdotta dietro impulso del legislatore comunitario, consentendo alle parti di convenire termini di adempimento o conseguenze in caso di ritardo differenti rispetto a quelli previsti dalla disciplina legale, in particolare, diversi interessi di mora<sup>39</sup>, assicura un'autonomia contrattuale ampia, ma non illimitata<sup>40</sup>. L'art. 7, "Nullità", infatti, andandosi così a collocare tra le ormai numerosissime disposizioni che

---

<sup>39</sup> A. BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, cit., p. 717, ritiene che la Direttiva per perseguire le sue finalità faccia ricorso a una manovra indiretta. C. CARANO, *Clausole in deroga alla disciplina legale*, in *I ritardi nei pagamenti*, a cura di D. Stevanato e A. Venchiarutti, Milano, 2004, p. 35, dice che la disciplina in questione è strutturata come una cattedrale gotica, in un articolato sistema di spinte e contropinte che, pur opposte tra loro, consentono l'equilibrio nei rapporti tra debitore e creditore. La disciplina quindi si presenta come caratterizzata dal fatto che non introduce meccanismi di "controllo" del regolamento contrattuale che operino ex ante, ma solamente ex post, affidando al giudice il sindacato sullo stesso.

G. FAUCEGLIA, *Direttiva 2000/35/CE in materia di lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I contratti*, 2001, p. 313, manifesta dubbi verso detti strumenti alla stregua di quelli che si possono muovere alla subfornitura dicendo che si deve vedere se poi il soggetto ha la concreta possibilità di utilizzarli e affermando che, in ogni caso, il livello di tutela attribuito dalla direttiva non pare particolarmente elevato. L'A. richiama anche in questo caso la tematica dell'abuso di diritto.

V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, cit., p. 355, dice che la disposizione in questione rappresenta un *novum* e comunque deve essere considerata una disposizione che tutela l'autonomia privata, ma con meccanismi correttivi in caso di abuso della libertà contrattuale. R. CLARIZIA, *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 58 ss., sottolinea che in questi casi, non essendo di fronte a contratti con i consumatori, soggetti che abbisognano di particolare tutela, il legislatore non vuole incidere in via diretta e astratta sulla clausola. In particolare l'A., interrogandosi sulla necessità che le deroghe alla disciplina del decreto rispettino determinate forme, conclude che, seppur la disposizione non le richieda, in alcuni casi le stesse potrebbero rendersi necessarie. In particolare si dice che nel caso in cui vengano previsti interessi superiori alla misura legale sia richiesta la forma scritta in virtù dell'applicazione analogica dell'art. 1384 ultimo comma c.c. In tal senso, A. FRIGNANI e O. CAGNASSO, *L'attuazione della Direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I contratti*, 2003, p. 313.

Si dice inoltre che obblighi di forma potrebbero venire imposti laddove le clausole in questione siano contenute in condizioni generali del contratto, nel caso in cui avessero carattere vessatorio. Un'ipotesi potrebbe essere quella della limitazione di responsabilità. In questo senso C. CARANO, *Clausole in deroga alla disciplina legale*, cit., p. 44.

<sup>40</sup> La corrispondente disposizione della Direttiva comunitaria era l'art. 3 comma 3, il quale prevede che "Gli Stati membri dispongono che un accordo sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo di pagamento che non sia conforme alle disposizioni di cui ai paragrafi 1, lettere a b) a ), e 2 non possa essere fatto valere e non dia diritto ad un risarcimento del danno, se, considerate tutte le circostanze del caso, ivi compresa la corretta prassi commerciale e la natura del prodotto, risulti gravemente iniquo nei confronti del creditore. Per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, si terrà conto inter alia se il debitore ha qualche motivo oggettivo per ignorare le disposizioni dei paragrafi 1, lettere a b) a ), e 2".

prevedono forme di controllo a posteriori dell'autonomia privata, prevede la nullità dell'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardo del pagamento, che, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, risulti gravemente iniquo in danno al creditore<sup>41</sup>. La finalità di questa previsione, così come evidenziato dal considerando n. 19 della Direttiva, sarebbe quello di evitare che una parte possa abusare della sua posizione di forza contrattuale ai danni dell'altra, con la predisposizione di un regolamento negoziale che preveda la fissazione di un termine di adempimento eccessivamente lungo, o conseguenze particolarmente leggere in caso di ritardo, che potrebbe non solo essere lesivo degli interessi del creditore, ma anche del buon funzionamento del mercato interno<sup>42</sup>. Gli accordi a cui si riferisce l'art. 7,

---

<sup>41</sup> Sul potere di controllo si rimanda a S. MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contratto e impresa*, 2006, p. 215 ss., il quale sottolinea che la normativa di derivazione comunitaria degli ultimi anni si caratterizza per una massiccia rivalutazione dei poteri anche officiosi del giudice, al quale in alcuni casi vengono attribuiti poteri di controllo sostanziale sul regolamento contrattuale. Sul punto si v. anche P. RACCHIUSA, *Governo dell'autonomia negoziale nelle relazioni contrattuali tra imprese*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema di contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007, p. 374 ss.; C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, cit., p. 442, che affronta la tematica del rapporto tra il potere di correzione del giudice e il principio di intangibilità della libertà contrattuale. In relazione ai limiti entro i quali si può muovere tale controllo, si v., G. SPOTO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) Italia*, cit., p. 178 ss.

<sup>42</sup> Il considerando n. 19 evidenzia che "La presente direttiva dovrebbe proibire l'abuso della libertà contrattuale in danno del creditore. Nel caso in cui un accordo abbia principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore, o nel caso in cui l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi, si può ritenere che questi elementi configurino un siffatto abuso. La presente direttiva non incide sulle disposizioni nazionali relative alle modalità di conclusione dei contratti o che disciplinano la validità delle clausole contrattuali abusive nei confronti del debitore". In questo modo la direttiva mira ad evitare che il creditore non riceva la prestazione nel tempo dovuto, reprimendo a tal fine anche gli abusi attuati attraverso l'utilizzo strumentale dell'autonomia privata. In tal senso, M. GRONDONA, *Dalla Direttiva n. 2000/35/CE al d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231, in I ritardi pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, cit., p. 3, il quale sottolinea che a volte, il diverso potere economico delle parti, può alterare la normale dialettica contrattuale a danno della libertà delle parti nella fase della formazione del rapporto contrattuale. La Direttiva mira nello specifico a tutelare il creditore che si trovi costretto ad accettare termini eccessivamente lunghi e svantaggiosi. Un aspetto che va rimarcato è che la norma si rivolge soltanto a favore del creditore e non del debitore, il quale, in caso di fissazione di termini o conseguenze gravemente inique nei suoi confronti dovrà ricorrere a differenti strumenti di tutela, prima tra tutti la disciplina sull'usura.

In sede di disciplina generale le uniche disposizioni che possono fornire tutela alla parte in caso di fissazione di termini eccessivamente lunghi oppure corti sono gli artt. 1175 e 1375 c.c. i quali impongono alle parti in sede di formazione e esecuzione del

parrebbero anche quelli relativi alla responsabilità del debitore per l'adempimento tardivo, dal momento che il decreto, a differenza della direttiva comunitaria<sup>43</sup>, si riferisce genericamente agli accordi sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo<sup>44</sup>.

Uno degli aspetti più rilevanti consiste nel comprendere quando un regolamento possa essere definito gravemente iniquo, non risultando tale espressione di immediata comprensione: il dato letterale, infatti, sembrerebbe portarci a sostenere che la norma si riferisca al concetto di equità, più volte richiamato nell'ambito del nostro ordinamento<sup>45</sup>. In realtà,

---

contratto di comportarsi secondo buona fede oggettiva, secondo i quali la fissazione di un termine eccessivamente breve oppure lungo potrebbe essere valutato contrario a buona fede.

<sup>43</sup> Il considerando n. 19 della Direttiva circoscriveva questa forma di controllo a due ipotesi determinate, facendo riferimento agli accordi che hanno principalmente l'obiettivo di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore oppure gli accordi in cui l'appaltatore principale imponga ai propri fornitori o subappaltatori termini di pagamento ingiustificati rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi. La direttiva comunitaria, infatti, all'art. 3.3. si riferiva agli accordi sulla data del pagamento o sulle conseguenze del ritardo.

<sup>44</sup> In questo senso, G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali* (d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231), cit., p. 11; S. DE NOVA, *Sub. art. 7*, in *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, cit., p. 24 ss., sostiene che la disposizione possa riferirsi anche agli accordi relativi al carattere di automaticità degli interessi, quelli sull'imputabilità del ritardo, mediante un'individuazione pattizia dei casi di impossibilità sopravvenuta, quelli sul risarcimento dei costi di recupero e del maggior danno, quelli sui meccanismi di accettazione e di verifica delle prestazioni effettuate dal creditore. Si dice che sono ammesse deroghe alla stessa automaticità del decorso degli interessi, reintroducendo la necessità di costituzione in mora, in quanto, in senso ampio, anche questo accordo concerne le conseguenze del ritardo. Anche se altri dicono che non sia ammessa una deroga a questo aspetto dal momento che leggendo in modo combinato i primi due commi dell'art. 4 sembrerebbe doversi concludere che le parti non possano derogare all'automaticità della mora. In tal senso S. DE NOVA, *Sub. art. 7*, cit., p. 25.

<sup>45</sup> Sono svariate le disposizioni che fanno riferimento al concetto di equità all'interno del codice civile, per citarne solo alcune: l'art. 1450 c.c. "Offerta di modificazione del contratto", in materia di rescissione, parla di riconduzione ad equità; oppure l'art. 1467, comma 3, c.c. "Contratto con prestazioni corrispettive" si riferisce alla possibilità data alla parte di evitare la risoluzione del contratto offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto; oppure l'art. 1384 c.c. "Riduzione della penale" che prevede che, in presenza di determinate condizioni, il giudice possa ridurre equamente la penale prevista; l'art. 2, comma 2, l. e, del d.lgs. n. 206/05 prevede il diritto dei consumatori all'equità dei rapporti contrattuali. L'art. 1349 c.c. in relazione ai casi in cui al giudice, sostituendoci al terzo, possa determinare l'oggetto del contratto. Ma molti altri sono i riferimenti all'equità, o meglio all'equo apprezzamento del giudice: si pensi all'art. 1256 c.c., o all'art. 1226 c.c. Si pensi poi all'art. 1371 c.c., in materia di interpretazione del contratto, oppure l'art. 1374 c.c. in tema di integrazione del contratto.

Per una panoramica sulla sempre maggiore diffusione dei riferimenti all'equità si v. G. PANZARINI, *Giudizi e arbitrati di equità: l'emersione nel diritto e nell'economia di consolidati elementi di concreta percezione e di specifica utilizzazione dell'equità*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 798 ss.; G. FINOCCHIARO, *Il giudizio di equità nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 103 ss., il quale sottolinea che tradizionalmente si distingue tra equità come fonte di integrazione del contratto e come strumento di decisione del giudizio, distinzione riconducibile a quella tra l'equità a cui si riferisce il codice civile

si deve però rilevare che la Direttiva, lungi dal richiamare l'equità, faceva riferimento all'"abus manifeste", indicando chiaramente la volontà

---

e quella a cui si riferisce il codice di procedura. L'A. ritiene che il codice civile, riferendosi all'equità richiami un metodo di valutazione consistente nell'applicazione di un criterio economico. In relazione all'equità come strumento di decisione del giudizio, si rimanda a R. CALVO, *Giurisdizione di equità e gerarchie assiologiche*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 118 ss. Come sappiamo, infatti, vi sono infatti disposizioni del codice di rito che consentono al giudice di giudicare, non secondo diritto, in senso stretto, ma secondo equità. Si pensi all'art. 114 c.p.c., oppure all'ipotesi di arbitrato secondo equità di cui all'art. 829 c.p.c. comma 20. In particolare, in relazione a queste ipotesi, si deve chiarire che l'equità non deve essere considerata come una modalità di giudizio estranea al diritto. In tal senso, in particolare si v. Corte cost., 6.07.04, n. 206, in *Corriere Giur.*, 2005, p. 497, dove viene affermato che "la sola funzione che può riconoscersi alla giurisdizione di equità è quella di individuare la regola di giudizio non scritta, che, con riferimento al caso concreto, consenta una soluzione della controversia più adeguata alle caratteristiche specifiche della fattispecie concreta, alla stregua dei principi cui si ispira la disciplina positiva; il giudizio di equità, in sostanza, non è e non può essere un giudizio extra-giuridico, poiché una equità priva dei limiti normativi insidia alla base la certezza delle relazioni giuridiche, con la conseguenza della ricorribilità per cassazione, ai sensi dell'art. 360, comma 1, numero 3, c.p.c., delle sentenze per violazione dei suddetti principi". In particolare, sul punto si v. P. PERLINGIERI, *Equità e ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1149 ss., dove l'A. sottolinea che l'attuale momento storico non è tanto quello dell'opposizione ius e aequitas, quanto quello dell'aequitas secondo i principi espressi dallo ius e applicati dal giudice nella discrezionale valutazione delle circostanze concrete, nel rispetto ancor più che logico, assiologico dello ius. In buona sostanza l'equità non implica che ci si debba rimettere all'intuizione del giudice, ma necessità comunque che il giudice debba rifarsi ai principi ed ai valori che caratterizzano l'ordinamento.

Vi è però chi sottolinea che, avendo riguardo alla disciplina del codice civile, sin da subito appare chiaro che il richiamo all'equità non avviene sempre con lo stesso significato, in tal senso G. ALPA, *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, p. 624 ss., il quale distingue differenti "tipologie" di equità: 1) l'equità in funzione interpretativa di cui all'art. 1371 c.c. che prevede che il giudice, nel caso in cui non sia possibile ricavare il significato della disposizione normativa attraverso le altre regole dell'interpretazione, possa interpretarla operando un equo temperamento degli interessi delle parti. Si tratta, pertanto, di una regola interpretativa suppletiva e marginale. 2) L'equità integrativa, di cui all'art. 1374. Si tratta, come sappiamo, di una fonte di integrazione suppletiva e residuale, alla quale è possibile fare ricorso unicamente laddove le parti, la legge e gli usi non provvedano a determinare il contenuto del contratto. Sul punto, in particolare, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 206 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto civile, vol. II*, Milano, 2003, p. 518 ss., sottolinea però che l'equità non deve essere intesa come un principio di giustizia morale, ma come una regola di diritto positivo che esprime l'esigenza dell'equilibrio contrattuale inteso come temperamento dei diversi interessi in relazione all'economia dell'affare. In particolare, nel senso che l'equità non possa essere considerata una clausola generale o un autonomo principio regolativo, S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 214; M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ss., il quale sottolinea che la stessa potrebbe trovare applicazione solo in via residuale. Sulla distinzione tra equità e buona fede in funzione integrativa, si rimanda a C.M. BIANCA, *Diritto civile*, cit., p. 518 ss. L'equità in funzione integrativa si avvicina al significato processuale di equità. 3) L'equità quantificativa, cioè determinativa dell'ammontare del danno, di cui agli artt. 1226 e 2056 in generale, dall'art. 2045 sullo stato di necessità, dall'art. 2047 per il danno cagionato dall'incapace; 4) infine, ormai frequentemente alcuni fanno riferimento all'equità in funzione correttiva, che comporterebbe il bilanciamento tra le prestazioni, affermando che la stessa verrebbe in rilievo in caso di riduzione della penale (art. 1384). Parla di equità correttiva, tra gli altri, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 288. Su questa eventuale ulteriore tipologia di equità si avrà modo di tornare in un secondo momento.



sanzionare l'abuso del potere contrattuale che si realizza laddove il debitore<sup>46</sup>, sfruttando la sua posizione di forza, imponga al creditore una regolamentazione che in condizioni di parità il creditore non avrebbe accettato<sup>47</sup>.

L'espressione "abuso" utilizzata dal testo della Direttiva, non può non richiamare alla mente la figura dell'abuso di diritto, oppure quella dell'abuso di dipendenza economica, di cui all'art. 9 della l. n. 192/98<sup>48</sup>, che dell'abuso di diritto risulta, comunque, espressione, ed è proprio in questa direzione che ci si deve muovere per interpretare la disposizione<sup>49</sup>: come si

---

<sup>46</sup> G. SALVI, "Accordo gravemente iniquo" e "riconduzione ad equità" nell'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 176, in sostanza dice che non si è di fronte ad una fattispecie limitativa dell'autonomia privata, ma è una sanzione contro lo sviamento che di tale potere facciano i soggetti forti.

<sup>47</sup> Infatti, il testo francese della Direttiva, all'art. 3 comma 3, così sancisce: "Les États membres prévoient qu'un accord sur la date de paiement ou sur les conséquences d'un retard de paiement qui n'est pas conforme aux dispositions du paragraphe 1, points b), c) et d) et du paragraphe 2, ne soit pas applicable, ou puisse donner lieu à une action en réparation du dommage lorsque, compte tenu de tous les éléments du cas d'espèce, y compris les bonnes pratiques et usages commerciaux et la nature des produits, il constitue un abus manifeste à l'égard du créancier. Lorsque l'on déterminera si un accord constitue un abus manifeste à l'égard du créancier, on considèrera entre autres si le débiteur a une quelconque raison objective de déroger aux dispositions du paragraphe 1, points b), c) et d), et du paragraphe 2. S'il est établi qu'un tel accord est manifestement abusif, les dispositions légales sont applicables, sauf si les juridictions nationales déterminent des conditions différentes qui sont équitables".

Il riferimento all'"abus manifeste" aiuta a far capire che ciò che si sanziona è l'abuso di potere contrattuale. Alla luce di tale circostanza, G. SALVI, "Accordo gravemente iniquo" e "riconduzione ad equità" nell'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002, cit., p. 176, sottolinea che la grave iniquità di cui all'art. 7 è un concetto che poco ha a che fare con il concetto di equità, e che meglio avrebbe fatto il legislatore a parlare di abuso di posizione dominante o abuso di dipendenza economica.

<sup>48</sup> In particolare, P. RACCHIUSA, *Governo dell'autonomia negoziale nelle relazioni contrattuali tra imprese*, cit., p. 338 ss., accosta questa disciplina a quella dell'abuso di dipendenza economica, dal momento che entrambe mirerebbero a reprimere forme di abuso del potere contrattuale. In entrambe le ipotesi poi non si vieterebbe l'utilizzo della maggior forza, ma l'abuso, come si può ricavare dall'utilizzo delle formule "eccessivo squilibrio" e "gravemente iniquo".

Ma, in realtà, la disposizione potrebbe richiamare alla mente anche molte altre disposizioni, si pensi, ad esempio, al divieto di abuso di posizione dominante, di cui all'art. 3, della l. n. 287/90, "Norme per la tutela della concorrenza e del mercato", che prevede che sia vietato l'abuso da parte di una o più imprese di una posizione dominante all'interno del mercato nazionale o in una sua parte rilevante.

<sup>49</sup> Sul significato da attribuire all'espressione "gravemente iniquo" si v., V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, cit., p. 353 ss.; M. GRONDONA, *Dalla Direttiva n. 2000/35/CE al d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231*, cit., p. 11. Per interpretare la disposizione molti autori hanno ritenuto opportuno collocare la medesima nell'ambito delle altre disposizioni che parrebbero rispondere alla medesima esigenza di tutelare una parte in ragione del suo minore potere contrattuale. In questo senso, si v. C. CARANO, *Clausole in deroga alla disciplina legale*, cit., p. 46, il quale raffronta, in particolare, tale disposizione con l'art 1447 c.c. dettato in tema di rescissione, concludendo che non pare che possa essere di aiuto in questo caso il richiamo alla disposizione di cui all'art. 1447 c.c., dal momento che quest'ultima, in primo luogo, non attribuisce rilevanza allo squilibrio in sé, ma richiede ulteriori requisiti, e, in

ricorderà, in relazione all'ipotesi di abuso di dipendenza economica che, in realtà, più si avvicina alla fattispecie di cui all'art. 7, ovvero la predisposizione di condizioni contrattuali gravose o discriminatorie, si diceva che, dovendo il giudice compiere una valutazione in ordine alla composizione di interessi che il regolamento realizza, il parametro di riferimento da utilizzare non potrà che essere il principio di proporzionalità. Tale constatazione porta a concludere che anche in questo caso il criterio di valutazione da seguire non possa che essere quello della proporzionalità, alla luce del quale il complessivo regolamento di interessi deve, in concreto, realizzare una giusta proporzione nell'ottica del bilanciamento degli interessi in gioco, mirando, così, ad evitare le sproporzioni ingiustificate<sup>50</sup>. Inoltre, affinché l'abuso possa venire sanzionato, analogamente a quanto avveniva nel caso della dipendenza economica, è necessario che si concretizzi non semplicemente nell'imposizione di clausole inique, ma, per utilizzare l'espressione contenuta nel decreto, gravemente inique, dovendo, infatti lo squilibrio superare una determinata soglia<sup>51</sup>, con ciò testimoniando ancora una volta

---

secondo luogo, prevede differenti conseguenze. Si sofferma particolarmente sul raffronto dell'art. 7 con la disciplina prevista a tutela dei consumatori, G. SALVI, *"Accordo gravemente iniquo" e "riconduzione ad equità" nell'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002*, cit., p. 176 ss. In particolare, A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, in *I ritardi pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, cit., p. 112, ritiene che andando ad analizzare i criteri che vengono previsti dalla disposizione, si arriverebbe ad avvicinare l'equità al concetto di ragionevolezza, contenuto nell'art. 1:302 dei Principi del diritto contrattuale europeo. Di conseguenza, il giudice non sarebbe chiamato a verificare se la clausola è giusta ma se è ragionevole.

<sup>50</sup> Diversamente, anche in relazione a tale disposizione molti si pronunciano nel senso che la valutazione debba essere svolta alla stregua della clausola di buona fede. In tal senso, tra gli altri, M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 510; E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 651.

<sup>51</sup> A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, in *I ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 115, afferma che la gravità allude al livello quantitativo-qualitativo dell'iniquità, nel senso che oltre all'assenza di una giustificazione razionale ed oggettivamente riscontrabile, l'accordo in deroga deve causare al debitore un danno apprezzabile, significativo, o comunque deve consistere in una diminuzione più che rilevante della tutela che il creditore riceverebbe sotto l'ombrello della disciplina legale.

In particolare, C. MEDICI, *Ritardi nei pagamenti e clausole in deroga: protezione oltre il segno?*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 902 ss., si interroga su che tutela potrebbe essere concessa al creditore nel caso in cui la clausola non fosse gravemente iniqua ma solo iniqua, ovvero, laddove il tasso degli interessi venisse fissato in una misura che va dal tasso legale, valore massimo, al tasso gravemente iniquo, valore minimo. Si dice che anche in questo caso potrebbero residuare margini di tutela per il creditore, dal momento che una siffatta previsione potrebbe rappresentare una limitazione del danno risarcibile ex lege e dunque rivestire la forma di una clausola limitativa delle responsabilità. L'A. si sofferma sulla possibilità di applicare in questi casi l'art. 1229 c.c., osservando però

che l'ordinamento non mira a garantire un'oggettiva equivalenza tra le prestazioni.

Suddetta valutazione, chiaramente, viene affidata al giudice il quale dovrà valutare il caso concreto, tenendo, in particolare, in considerazione l'entità della deroga rispetto alla disciplina legale<sup>52</sup> e la presenza di valide giustificazioni alla base delle stessa, anche se, a differenza della Direttiva, che attribuiva una particolare importanza alla verifica dell'esistenza di eventuali ragioni oggettive alla base delle deviazioni dalla disciplina legale<sup>53</sup>, il decreto omette qualsiasi riferimento in tal senso<sup>54</sup>. Da questo punto di vista un'attuazione sicuramente più fedele è stata data alla Direttiva in altri Stati, come la Spagna e la Francia, dove le leggi di attuazione fanno espressamente riferimento all'eventuale esistenza di ragioni oggettive alla base della deroga<sup>55</sup>.

---

che tale conclusione incontra una serie di ostacoli: in primo luogo la giurisprudenza ritiene applicabile tale disposizione solo in caso di fissazione di risarcimenti irrisori e pare che la irrisorietà possa essere considerata alla stregua della grave iniquità, fermo restando che i parametri a cui fanno riferimento le disposizioni sarebbero completamente diversi. In tal senso, Cass., 2.06.92, n. 6716, in *Mass.*, 1992.

Alcuni ritengono che la nozione di clausola gravemente iniqua debba essere intesa in senso molto restrittivo al fine di salvaguardare l'autonomia contrattuale. Tra questi, in particolare, M. GRONDONA, *Dalla Direttiva n. 2000/35/CE al d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231*, cit., p. 12 ss., il quale a sostegno di tale conclusione richiama anche la Raccomandazione della Commissione del 12.05.99, la quale ha affermato di non doversi procedere ad una limitazione del principio di autonomia contrattuale. L'A. sottolinea che la disposizione non intende attribuire al giudice il potere di rideterminare il contenuto del contratto ogni volta che sia ravvisabile uno squilibrio economico tra le prestazioni, ma solo laddove tale squilibrio abbia una portata notevole.

<sup>52</sup> In particolare, A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 112, sottolinea che la semplice deroga rispetto alla disciplina generale rappresenta un campanello d'allarme, un indizio della presenza di un abuso.

<sup>53</sup> L'art. 7 del decreto, a differenza dell'art. 3 par. 3 della direttiva non fa riferimento al fatto che il giudice per determinare se un accordo è gravemente iniquo per il creditore, dovrà tenere conto se vi sono ragioni oggettive per non applicare le disposizioni dei paragrafi 1, lettere a b) a ), e 2.

La direttiva stessa al considerando 18° riconosce che determinati contratti possano richiedere termini più lunghi per il pagamento. La presente direttiva tiene conto del problema dei lunghi termini contrattuali di pagamento, segnatamente l'esistenza di talune categorie di contratti per i quali può essere giustificato un periodo più lungo per il pagamento, se ad esso si accompagna una restrizione della libertà contrattuale o un tasso d'interesse più elevato.

<sup>54</sup> Nel senso che debba essere attribuita rilevanza alla presenza di eventuali ragioni giustificative alla base della deroga alla disciplina legale, A. BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, cit., p. 743, dice che la clausola è gravemente iniqua a meno che non se ne rinvenga anche una sola giustificazione da porre alla base alla rinuncia alla disciplina legale. Secondo l'A., in buona sostanza, dovrebbe sussistere un interesse anche del creditore alla deroga.

<sup>55</sup> In Francia, la Loi du 18.04.04 relative aux délais de paiement et aux intérêts de retard, infatti, all'art. 6 prevede che "A la requête d'un créancier, le magistrat présidant la Chambre du tribunal d'arrondissement siégeant en matière commerciale, ou le juge qui le remplace, ordonne la cessation de l'utilisation de toute clause ou accord

Il legislatore, provvede poi a indicare una serie di criteri dei quali il giudice deve avvalersi<sup>56</sup>, come la corretta prassi commerciale<sup>57</sup> oppure i rapporti commerciali tra i medesimi, intendendosi in questo modo far riferimento non ad una prassi oppure ai precedenti rapporti tra le parti *tout court*, ma solo a quelli che possano essere considerati corretti, evitando così che la presenza di prassi scorrette, oppure di regolamentazioni squilibrate, possano giustificare l'imposizione di termini eccessivamente lunghi oppure di conseguenze eccessivamente lievi in caso di ritardo<sup>58</sup>. Successivamente, il legislatore prevede criteri, per così dire interni, quali la natura della merce e dei servizi<sup>59</sup>, la condizione dei contraenti<sup>60</sup>, nonché ogni altra circostanza<sup>61</sup>, non attribuendo, al contrario, alcuna rilevanza all'accertamento dell'elemento intenzionale dell'approfittamento, basandosi

---

portant sur la date de paiement ou sur les conséquences d'un retard de paiement et dérogeant aux articles 3, 4 ou 5, lorsque, compte tenu de tous les éléments du cas d'espèce, y compris les bonnes pratiques et usages commerciaux et la nature des marchandises ou services, cette clause ou cet accord constitue un abus manifeste à l'égard du créancier, à moins que le débiteur n'ait une raison objective de déroger aux articles 3, 4 ou 5".

Lo stesso vale per la corrispondente disposizione spagnola: l'art. 9.1, dove viene previsto che "para determinar si una cláusula es abusiva para el acreedor se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago de 30 días y del tipo legal de mora".

<sup>56</sup> Vedere A. FRIGNANI e O. CAGNASSO, *L'attuazione della Direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 313, che distinguono tra requisiti oggettivi e soggettivi.

<sup>57</sup> In particolare, S. DE NOVA, *Sub. art. 7*, cit., p. 25, afferma che il legislatore in questo modo ha voluto sottolineare che il giudice dovrà tenere in considerazione anche la prassi specifica di debitore e creditore.

<sup>58</sup> S. DE NOVA, *Sub. art. 7*, cit., p. 27, afferma che per corretta prassi commerciale non si devono intendere acriticamente quelle che sono le pratiche commerciali correnti, dal momento che queste potrebbero essere il frutto di un generalizzato abuso della libertà negoziale. L'A. ritiene che si debba far riferimento ad un confronto tra l'accordo e le condizioni praticate da altri imprenditori dello stesso ramo e generalmente riconosciute come la corretta prassi commerciale. A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 118. In relazione ai precedenti rapporti contrattuali A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 119, afferma che vale quanto detto in relazione alla prassi commerciale, affinché possano escludere la nullità della clausola questi devono essere corretti.

<sup>59</sup> Si evidenzia da più parti che determinati prodotti potrebbero richiedere la previsione di differenti termini. Il legislatore stesso procede alla fissazione di differenti termini per i prodotti alimentari deteriorabili.

<sup>60</sup> Tale criterio consente di tenere in considerazione le condizioni di entrambi i contraenti, dal momento che a seconda della condizione soggettiva degli stessi determinati accordi potrebbero essere più o meno dannosi.

<sup>61</sup> A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 120, sottolinea che all'interno delle altre circostanze il giudice potrebbe tenere in considerazione anche le modalità attraverso le quali la clausola derogatoria è stata trattata tra le parti: ad esempio il fatto che una clausola sia stata oggetto di trattazione tra le parti, insieme ad altre circostanze potrebbe portare a escludere l'iniustizia della stessa.

di conseguenza l'accertamento unicamente su elementi di carattere oggettivo dell'elemento<sup>62</sup>.

Pur non essendo espressamente sancito dalla disposizione, appare preferibile ritenere che il giudice debba tenere in considerazione, non semplicemente la specifica clausola relativa, ad esempio, ad un determinato tasso di interessi, o ad un termine di adempimento, ma l'intero contenuto del regolamento contrattuale<sup>63</sup>, conclusione che potrebbe anche essere supportata in base al fatto che l'art. 7 prevede infine che il giudice possa tenere in considerazione ogni altra circostanza. Per facilitare l'interprete, il comma 2 indica espressamente due ipotesi di accordo gravemente iniquo, da considerarsi meramente esemplificative: quello che, non essendo giustificato da ragioni obiettive ha come obiettivo principale quello di procurare al debitore liquidità aggiuntiva a spese del creditore e l'accordo con il quale l'appaltatore o il subfornitore principale impone ai propri fornitori o subfornitori termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi rispetto ai termini di pagamento ad esso concessi<sup>64</sup>. Non si può non evidenziare che, in concreto, anche se l'art. 7 potrebbe avere un ambito di applicazione più vasto dell'art. 9 della l. n. 192/98, non presupponendo una situazione di dipendenza economica, molte ipotesi di accordo gravemente iniquo, potrebbero anche rappresentare comportamenti

---

<sup>62</sup> E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 492, il quale sostiene che l'elemento intenzionale invece verrebbe in rilievo per le ipotesi disciplinate dal secondo comma. A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 114, sostiene che ove si possano individuare ragioni sufficienti che giustifichino una deroga rispetto alla disciplina legale, allora l'accordo può salvarsi dalla nullità, laddove invece non emergano ragioni oggettive che legittimino una deroga rispetto alla disciplina legale l'accordo è nullo in quanto iniquo. Di conseguenza il compito del giudice non è quello di verificare se una clausola è giusta, ma se è ragionevole. Tale conclusione secondo l'A. viene supportata anche da altre disposizioni: il comma 2 dell'art. 7 in relazione agli accordi che devono essere considerati iniqui utilizza espressioni come "senza essere giustificato da ragioni oggettive" oppure "termini di pagamento ingiustificatamente più lunghi".

<sup>63</sup> V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, cit., p. 353, si chiede in particolare se la valutazione del giudice deve limitarsi alla singola clausola oppure se il giudice deve fare una valutazione globale sull'intero contratto. Molti ritengono che la valutazione si debba estendere all'intero contenuto del regolamento contrattuale. In tal senso, C. CARANO, *Clausole in deroga alla disciplina legale*, cit., p. 47.

<sup>64</sup> Queste ipotesi erano state previste dal considerando n. 19 della Direttiva 35/2000. In particolare, A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 121, afferma che tali ipotesi possano ricomprendere gran parte degli accordi iniqui e dunque nulli. Nel primo caso viene prevista la nullità del patto alla luce della particolare finalità prevista. In particolare, S. DE NOVA, *Sub. art. 7*, cit., p. 23 ss., sottolinea che tutte le dilazioni producono liquidità aggiuntiva, ma che sono inique solo quelle tali da rendere vantaggioso per il debitore rinviare il pagamento.

sanzionati da quest'ultima disposizione, creandosi così problemi di sovrapposizione tra le due discipline<sup>65</sup>.

### **3. La nullità dell'accordo e il potere del giudice di ricondurre ad equità il regolamento contrattuale.**

Il decreto, a differenza della Direttiva che indicava espressamente anche il rimedio del risarcimento del danno, prevede, unicamente, la nullità delle clausole che risultino gravemente inique in danno al creditore<sup>66</sup>. Si tratta, come si può intuire non solo dal dato letterale, riferendosi la disposizione agli accordi che si rivelino gravemente iniqui, ma anche dal successivo meccanismo di integrazione previsto, di un'ipotesi di nullità parziale<sup>67</sup>. Tale soluzione non può che sembrare opportuna, dal momento che la nullità totale in questo caso, così come avveniva in relazione all'art. 9 della l. n. 192/98, pregiudicherebbe l'interesse della parte debole, ponendosi in contrasto così con le finalità stesse perseguire dal decreto. Anche se la Direttiva si limitava a prevedere che suddette clausole non potessero essere fatte valere e non dessero diritto ad un risarcimento del danno, il nostro legislatore ha ritenuto preferibile prevedere il rimedio della nullità<sup>68</sup>. Scelta che parrebbe non solo adeguata, ma anche coerente

---

<sup>65</sup> A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 125 ss.; G. SPOTO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) Italia*, cit., p. 180, giustamente dice che bisogna chiedersi che rapporto sussista tra questa disciplina e la dipendenza economica. A p. 186 afferma che in quei casi in cui entrambe le disposizioni potrebbero astrattamente trovare applicazione deve prevalere il d.lgs. dal momento che è successiva temporalmente.

<sup>66</sup> La relazione governativa al d.lgs giustifica la scelta della nullità dicendo che "l'opzione della nullità è sistematicamente giustificata dalla considerazione che il legislatore comunitario reprime la violazione di una norma imperativa di divieto dell'abuso della libertà contrattuale, imponendo la rilevazione di ufficio da parte del giudice". C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, cit., p. 448, sottolinea che per l'ennesima volta all'iniquità della regolamentazione consegue nullità della clausola.

<sup>67</sup> In tal senso si esprime esplicitamente la Relazione governativa.

<sup>68</sup> Scelta, questa che non andò esente da critiche in dottrina, venendo da molti messo in discussione che in questo caso si potesse parlare di nullità in senso proprio, per l'assenza di alcune caratteristiche che tradizionalmente vengono attribuite alla categoria della nullità. In particolare, non ritengono che si tratti di nullità, E. RUSSO, *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 488, il quale osserva che la nullità, per sua natura, si propaga sull'intero contratto, a meno che non venga risolta positivamente la *quaestio voluntatis* di cui all'art. 1419 comma 1, c.c., diversamente nel caso in questione, la clausola verrebbe dichiarata non operativa senza alcuna indagine della volontà delle parti. In secondo luogo, secondo l'A. appare chiaro che la disposizione richiamerebbe la disciplina prevista in relazione alle clausole vessatorie laddove viene previsto che suddette clausole sono inefficaci e non nulle.

con altre disposizioni finalizzate alla tutela di contraenti deboli, come la disciplina sulla dipendenza economica; oppure quella sulle clausole vessatorie.

Per quanto attiene, poi, alla legittimazione attiva a far valere tale rimedio, anche se l'assenza di una espressa previsione da parte del legislatore potrebbe far pensare che si tratti di un'ipotesi di nullità assoluta, alla luce della *ratio* alla base della disciplina, parrebbe doversi concludere che l'unico soggetto legittimato sia il creditore<sup>69</sup>, e quindi che si tratti di nullità relativa. Di conseguenza, anche l'invalidità prevista dall'art. 7 deve, a pieno titolo, essere ricondotta nell'ambito della categoria delle nullità di protezione, ormai sempre più frequente, soprattutto nell'ambito delle discipline di origine comunitaria. Diversamente, il legislatore prevede espressamente la rilevabilità d'ufficio della nullità<sup>70</sup>; scelta sicuramente

---

Infine lo stesso osserva che il meccanismo della nullità non provoca nel nostro ordinamento conseguenze risarcitorie, se non nel caso di alcuni all'art. 1338 c.c. Di conseguenza, l'A. sostiene che il riferimento alla nullità sia stato effettuato soltanto per attribuire a tale tipologia di invalidità alcune caratteristiche dell'azione di nullità: come l'imprescrittibilità, la legittimazione in capo a chiunque ne abbia interesse, la rilevabilità anche d'ufficio, trattandosi in realtà di un'ipotesi di inefficacia. In particolare, A. BREGOLI, *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, cit., p. 747 ss., si chiede se la nullità sia lo strumento più adeguato a perseguire le finalità della direttiva. L'A. sottolinea che la nullità, richiedendo un accertamento giudiziario nell'ambito di un ordinario procedimento di cognizione (non essendo quindi compatibile con le caratteristiche del procedimento monitorio, caratterizzato da una cognizione sommaria), sacrificherebbe le esigenze di celerità che in questi casi evidentemente si pongono. Inoltre, l'A., sempre per il fatto che in questo caso di renderebbe necessario un procedimento di cognizione, critica il riferimento alla riconduzione ad equità dicendo che sarebbe stato preferibile ammettere un meccanismo di sostituzione delle clausole.

In particolare, G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, cit., p. 13, sottolinea che alla luce della disciplina la pronuncia del giudice sarebbe non di mero accertamento, come nel caso di accertamento della nullità, ma costitutiva e produttiva di efficacia *ex tunc*. Tali caratteristiche secondo l'A. fanno sì che nonostante la terminologia impiegata, parrebbe escludersi che la forma di invalidità prevista dall'art. 7 si presti ad essere ricompresa nella categoria della nullità.

<sup>69</sup> Nonostante il fatto che la norma miri anche a tutelare un interesse generale, la soluzione preferibile sembra quella di ritenere che si tratti di un'ipotesi di nullità relativa. In tal senso, C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, cit., p. 448. Ritengono che si tratti di un'ipotesi di nullità relativa: A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 130 ss.; A. LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 139, ragionando sulla presunta natura eccezionale della nullità relativa, conclude che non potendo essere considerata eccezionale, se ne deve ammettere la possibilità di un'applicazione analogica.

<sup>70</sup> Si esprime in senso sicuramente positivo rispetto a tale previsione, S. MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, cit., p. 222, il quale evidenzia che l'espressa previsione di un potere di riduzione ex officio impedisce che si possano riproporre in questa sede le problematiche relative all'ammissibilità della riduzione d'ufficio in caso di penale

molto opportuna tenuto conto del fatto che, anche in questo caso, appare difficile che a farla valere sia la parte dal momento che in questo modo rischierebbe l'interruzione dei rapporti contrattuali<sup>71</sup>.

Una volta accertata la nullità di determinate clausole, l'attività del giudice non può comunque dirsi conclusa: con una delle previsioni più interessanti dell'intero decreto viene, infatti, sancito che l'organo giurisdizionale debba integrare il regolamento contrattuale, applicando la disciplina legale<sup>72</sup>, oppure riconducendo ad equità il contratto<sup>73</sup>. Tale disposizione, in questo modo, non solo si discosta dalla disciplina generale prevista dall'art. 1419 c.c., secondo la quale la nullità di una singola clausola potrebbe determinare la nullità dell'intero contratto, laddove in mancanza della stessa le parti non avrebbero concluso il contratto; ma appare sicuramente innovativa anche nell'ambito delle disposizioni che consentono più ampi poteri di controllo al giudice, attribuendo allo stesso

---

manifestatamente eccessiva. La scelta è coerente con il rilievo che i ritardi nei pagamenti non lederebbero solo l'interesse del creditore ma anche l'interesse pubblico economico. La relazione governativa rileva che questa previsione è in armonia con l'art 6 della l 192/98 e con l'art 1518 *octies* c.c.

<sup>71</sup> Sottolinea tale preoccupazione, S. DE NOVA, *Sub. art. 7*, cit., p. 25. C. CARANO, *Clausole in deroga alla disciplina legale*, cit., p. 36, la quale ritiene che la bontà delle soluzioni adottate dal legislatore dipenderà anche dall'uso che in concreto verrà fatto dal giudice dei poteri discrezionali a lui attribuiti non solo nel dichiarare la nullità, ma soprattutto nel ricondurre ad equità il negozio.

Si rimarca però che il giudice potrà far valere la nullità solamente quando le parti abbiano chiesto l'esecuzione del contratto.

<sup>72</sup> Va inoltre sottolineato che anche nei casi in cui trovasse applicazione la disciplina legale, la disposizione si differenzerebbe dal meccanismo di sostituzione previsto dall'art. 1339 c.c., dal momento che quest'ultimo opera in via automatica, mentre il primo presuppone una pronuncia del giudice.

<sup>73</sup> In ordine alla scelta tra i rimedi applicabili, va sottolineato che un'interpretazione letterale del testo della Direttiva potrebbe portare a pensare che il rimedio della riconduzione sia quello prioritario, dal momento che nella stessa viene detto "Ove si accerti che tale accordo è gravemente iniquo, si applicano i termini legali, a meno che il giudice nazionale non riporti il contratto a equità". In tal senso, A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 135; A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 270; C. CHessa, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, cit., p. 444. Diversamente, parrebbe preferibile ritenere che la scelta tra l'applicazione della disciplina legale e la riconduzione ad equità debba essere rimessa al giudice, il quale dovrà tenere in considerazione quale strumento possa meglio realizzare l'interesse del creditore.

Non pare neppure che la richiesta della parte vincoli il giudice nella scelta del rimedio da applicare. In particolare, S. MONTICELLI, *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, cit., p. 224, si interroga se il termine "ovvero" debba essere inteso nel senso che il creditore possa scegliere quale rimedio spiegare, oppure se spetti al giudice scegliere. In particolare, A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 135, si chiede se, nel caso in cui la parte richieda espressamente un rimedio, il giudice possa ricorrere all'altro, oppure se in questo modo potrebbe andare *ultra petita*.



un vero e proprio potere perequativo, strumento, che, però, non è totalmente sconosciuto al nostro ordinamento, essendoci diverse disposizioni che prevedono una sorta di *reductio ad equitatem*<sup>74</sup>: si pensi alla disciplina relativa alla rescissione<sup>75</sup>, che all'art. 1450 c.c. prevede che il contraente contro il quale è domandata la rescissione possa evitarla offrendo una modificazione del contratto sufficiente a ricondurla ad equità<sup>76</sup>; oppure all'art. 1467 comma 3, che in materia di risoluzione del

---

<sup>74</sup> Come sottolineato da F. CAMILLETTI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004, p. 83 ss., la riconduzione ad equità è un istituto che cerca di mediare tra due opposte esigenze e cioè quella di riequilibrare le prestazioni, patologicamente alterate e quella che consegue al principio di conservazione dei negozi, di preservare il vincolo contrattuale.

<sup>75</sup> In relazione alla rescissione in generale, si rimanda a E. MINERVINI, *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 764 ss.; R. LANZILLO e A. RICCIO, *Rescissione del contratto*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005, *passim*. In particolare, G. MIRABELLI, voce *Rescissione (diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957, p. 579, in relazione all'elemento della lesione o dello squilibrio, - elemento che ai fini della nostra analisi risulta essere di particolare interesse - ricorda come questo in passato venisse riportato all'oggettiva differenza di valore tra le prestazioni. In particolare, a p. 586, afferma che la lesione è un elemento meramente oggettivo, accertabile mediante un'indagine tecnica. La dottrina e la giurisprudenza maggioritarie ritenevano che per capire se può darsi luogo alla rescissione si dovesse prendere come parametro di riferimento il mercato. In tal senso, G. MARINI, voce *Rescissione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 966 ss.; R. PARDOLESI, *Analisi economica dei contratti*, in *Politica del diritto*, 1978, p. 699 ss. La giurisprudenza si limita a dire che la verifica della lesione presuppone un semplice accertamento di fatto sul valore delle prestazioni corrispettive con riferimento all'epoca della conclusione del contratto. In tal senso Cass., 22.10.81, n. 5535, in *Giust. civ. mass.*, 1981, f. 10. In particolare, G. MARINI, voce *Rescissione (diritto vigente)*, cit., p. 966 ss., sottolinea che tale visione ha fatto sorgere alcune perplessità, in relazione al fatto che in questo modo non si tiene conto del fatto che determinate fattispecie contrattuali tendono a realizzare un complesso equilibrio all'interno del regolamento tra le clausole che riguardano il prezzo e quelle concernenti le allocazioni dei rischi, alla prestazioni di garanzie, ecc. Da qui si diffuse una tendenza volta a ripiegare sulla valutazione del complessivo comportamento tenuto dalle parti, e alla sua valutazione alla stregua della buona fede. Chiaramente oltre al requisito della lesione enorme la rescissione presuppone che si realizzino ulteriori presupposti: lo stato di bisogno e l'approfittamento dello stesso da parte della controparte. In relazione allo stato di bisogno si richiede un nesso di causalità psicologica tra il bisogno e la determinazione volitiva del contraente. La giurisprudenza dice che rileva solo uno stato di bisogno effettivo ed oggettivamente accertabile, non quindi uno stato di bisogno putativo. Diversamente, G. MARINI, voce *Rescissione (diritto vigente)*, cit., p. 669, non condivide questa affermazione dicendo che anche la convinzione dell'esistenza di uno stato di bisogno incide sulla libertà del volere. Infine, in relazione all'approfittamento, si dice che, pur non essendo richiesta la prova di una specifica attività diretta a promuovere o a concludere il contratto, postula comunque che la conoscenza dell'altrui stato di bisogno abbia determinato il consapevole proposito di avvantaggiarsi della situazione in cui versava la controparte. In tal senso Cass., 22.12.03, n. 19625, in *Giust. civ. mass.*, 2003, f. 12. In relazione al rapporto tra la disciplina della rescissione e quella dell'usura, e sull'eventuale implicita abrogazione dell'istituto della rescissione, si rimanda a G. OPPO, *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 539; G. MERUZZI, *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 468.

<sup>76</sup> In materia di riconduzione ad equità in relazione alla rescissione del contratto, si rimanda a B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, in *Il Codice civile commentato*, a cura di

contratto per sopravvenuta onerosità consente alla parte contro la quale la risoluzione è stata domandata di evitarla offrendo di modificare equamente le condizioni del contratto<sup>77</sup>. In entrambi questi casi, ormai, si arriva a riconoscere che la parte possa formulare al giudice anche una domanda

---

P. Schlesinger, Milano, 2000, *passim*, il quale, in relazione all'offerta di riconduzione ad equità, a p. 103 ss, afferma che in questo caso l'equità venga utilizzata come criterio tecnico di equilibrio tra le prestazioni. Sul punto anche, A. RICCIO, *sub. art. 1450 c.c.*, in R. LANZILLO e A. RICCIO, *Rescissione del contratto*, cit., p. 221, il quale sottolinea che il termine equità non verrebbe inteso alla stregua di come di norma si deve intendere il riferimento all'equità, facendo invece riferimento ad un criterio tecnico, quasi matematico, che non attribuirebbe alcuna discrezionalità al giudice e che non può essere considerata alla stregua di una delle ipotesi di equità integrativa. Sul punto si v. anche F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 544.

<sup>77</sup> In materia, si v. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 520; C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano, 1995, *passim*. Si deve precisare che la possibilità di chiedere la risoluzione per eccessiva onerosità sopravvenuta viene collegata alla sussistenza di tutta una serie di presupposti: in primo luogo deve trattarsi, come prevedibile, di contratti ad esecuzione continuata o periodica; in secondo luogo non è sufficiente che una prestazione sia divenuta onerosa, ma è necessario che la stessa sia divenuta eccessivamente onerosa, dovendo infatti realizzarsi una notevole alterazione del rapporto originario. In tal senso, Cass. 13.07.84, n. 4114, in *Giust. civ. Mass*, 1984, f. 7. Tale sopravvenuta onerosità deve essere ricollegabile, infine, ad eventi straordinari e imprevedibili.

Sulla *reductio*, si v. C.G. TERRANOVA, *L'eccessiva onerosità nei contratti*, cit., p. 181 ss., il quale si sofferma sull'analisi in primo luogo della natura giuridica dell'offerta di riduzione. Anche in relazione a questa ipotesi sono state sollevate problematiche in relazione all'eventuale spazio di intervento del giudice: si discuteva infatti se la parte debba far pervenire un'offerta di *reductio* particolarmente specifica, tale che il giudice si debba limitare a verificarne l'idoneità a riportare il sinallagma negli ambiti in cui si dirà inseguito. Oppure, se sia sufficiente un'indicazione generica, alla quale deve seguire un intervento in senso integrativo del giudice. Sul punto si v. A. RICCIO, *sub. art. 1450 c.c.*, in R. LANZILLO e A. RICCIO, *Rescissione del contratto*, cit., p. 221 ss., il quale arriva a sottolineare che, una volta riconosciuta la natura processuale della riduzione, si è arrivati anche ad ammettere l'ammissibilità di una richiesta formulata in termini generici, per cui il giudice ove richiesto dalle parti può determinare giudizialmente l'entità dell'offerta sulla base di elementi oggettivi accertabili in giudizio.

Per quanto attiene alle modalità attraverso le quali si deve realizzare la *reductio* si richiede che il contenuto dell'offerta debba riportare il contratto ad un giusto rapporto di scambio, con la conseguenza che il corrispettivo deve essere uniformato in quanto possibile ai valori di mercato. Sul punto si v. F. CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 88 ss. In tal senso, Cass. 9.10.89, n. 4023, in *Giur. it.*, 1990, p. 944. Sul punto, B. CARPINO, *La rescissione del contratto*, cit., p. 104, afferma che non ci si deve limitare a riportare l'equilibrio al di sotto della metà, ma è necessario che le prestazioni siano riportate ad equilibrio. Nello stesso senso, A. RICCIO, *sub. art. 1450 c.c.*, in R. LANZILLO e A. RICCIO, *Rescissione del contratto*, cit., p. 221. *Contra*, G. STOLFI, *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947, p. 221.

La giurisprudenza sottolinea, però, che, il riferimento al fatto che la risoluzione possa essere chiesta solo quando la prestazione sia divenuta eccessivamente onerosa, debba portare a concludere che non sia necessario ristabilire esattamente il medesimo rapporto che sussisteva tra le prestazioni nel momento della conclusione del contratto, essendo invece sufficiente che le stesse vengano riportate in una dimensione sinallagmatica tale che, se fosse sussistita al momento della stipulazione, la parte non avrebbe avuto diritto alla risoluzione. In tal senso, Cass., 11.01.92, n. 247, in *Vita not.*, 1992, p. 548. Si dice inoltre che l'attività di indagine del giudice per verificare l'idoneità dell'offerta alla riconduzione ad equità deve rifarsi a criteri oggettivi di carattere tecnico e non a meri criteri equitativi. In tal senso, Cass. 8.09.98, n. 1865.

generica, dovendo poi quest'ultimo provvedere ad una nuova valutazione dei termini dello scambio<sup>78</sup>. Non si può, poi, non richiamare lo strumento della riduzione della penale manifestatamente eccessiva, di cui all'art. 1384 c.c., tramite il quale il giudice può diminuire equamente la clausola penale, se l'obbligazione principale è stata eseguita in parte, ovvero se l'ammontare della penale è manifestatamente eccessivo, avuto riguardo all'interesse che il creditore aveva all'adempimento<sup>79</sup>. In relazione all'ipotesi di *reductio* prevista dal decreto, la relazione governativa richiamerebbe l'art. 1374 c.c., affermando che si tratti di un'ipotesi di integrazione del contratto secondo equità<sup>80</sup>. Diversamente, non sembra che si possa in questi casi propriamente parlare di integrazione del contratto *ex art.* 1374 c.c., dal momento che l'art. 7 prevede un meccanismo di correzione più che di integrazione del contratto, che interviene non in una fase fisiologica come l'art. 1374 c.c., ma patologica, presupponendo una valutazione negativa del giudice in ordine alla regolamentazione raggiunta dalle parti<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Per tutti, A. RICCIO, *sub. art. 1450 c.c.*, in R. LANZILLO e A. RICCIO, *Rescissione del contratto*, cit., p. 221 ss.

<sup>79</sup> Per quanto attiene alla verifica dell'eccessività dell'importo fissato, si ritiene che la stessa si debba basare sulla valutazione dell'interesse del creditore all'adempimento con riguardo all'effettiva incidenza dello stesso sull'equilibrio delle prestazioni e sulla concreta situazione contrattuale, indipendentemente da una rigida ed esclusiva correlazione con l'entità del danno subito. In tal senso Cass. 23.05.02, n. 7528, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 407.

Altre ancora solo le ipotesi di *reductio* previste dall'ordinamento, si pensi, ad esempio, alla riconduzione ad equità prevista dall'art. 13 comma 5 della l. 9 dicembre 1998 n. 431 in materia di locazioni ad uso abitativo, che prevede che se le parti hanno convenuto un canone superiore a quello massimo stabilito, il patto è nullo e il conduttore può chiedere che il patto venga ricondotto ad equità.

<sup>80</sup> La Relazione governativa, infatti, richiamava espressamente la disciplina relativa all'integrazione del contratto di cui all'art. 1374 c.c. Evidenza suddetto aspetto, C. CHessa, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, cit., p. 450.

Parla di equità correttiva, G. SALVI, "*Accordo gravemente iniquo*" e "*riconduzione ad equità*" nell'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002, cit., p. 177, il quale ritiene che il richiamo all'equità presente nel terzo comma sia effettuato in senso tecnico. L'A. sottolinea però che questo giudizio equitativo è qualcosa che nulla ha che fare con l'idea di giustizia. In questo modo si verrebbe a delineare accanto all'equità integrativa e all'equità interpretativa anche un'equità "correttiva". Nello stesso senso, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 287 ss.

Contra, A. LA SPINA, *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 134, dice che il termine iniquità è dovuto ad una sciatteria del legislatore italiano.

Fa riferimento all'equità integrativa in relazione alle ipotesi di riconduzione ad equità di cui agli artt. 1384, 1450, 1467 c.c., F. CAMILLETI, *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, cit., p. 83.

<sup>81</sup> Il richiamo all'art. 1374 c.c. risulta però criticabile dal momento che, come sottolinea M.C. VENUTI, *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, cit., p. 118, l'integrazione opererebbe in una fase fisiologica e non patologica come l'art. 7, inoltre, mentre nel primo caso l'intervento equitativo concorrerebbe con la volontà difettosa

In ogni caso, anche se di integrazione si volesse parlare, non sembrerebbe opportuno richiamare un'equità in funzione integrativa, o come sottolineano altri, correttiva, dal momento che l'equità viene prevista dal codice come criterio suppletivo e residuale. La soluzione preferibile sembrerebbe un'altra: posto che il parametro utilizzato per valutare lo squilibrio delle prestazioni è il principio di proporzionalità, che, come abbiamo detto, risulta essere lo strumento attraverso il quale si attua il controllo di meritevolezza sulle clausole contrattuali e sull'assetto negoziale<sup>82</sup>, pare logico ritenere che quest'ultimo, non limitando la sua attuazione alla "*pars destruens*", debba fungere da guida per il giudice anche nella "*pars costruens*"<sup>83</sup>.

La *reductio* prevista dall'art. 7 si presenterebbe, comunque, con caratteri di novità rispetto alle altre, in primo luogo perché, non mirando semplicemente a porre rimedio ad uno squilibrio di carattere economico, consentirebbe al giudice di riequilibrare l'intera posizione contrattuale delle parti, sia dal punto di vista dell'equilibrio economico che normativo<sup>84</sup>; in secondo luogo, per il fatto che in questo caso il legislatore, almeno implicitamente fornirebbe al giudice alcuni criteri per operare la rideterminazione, dovendosi richiamare in tale sede i medesimi indici

---

delle parti, nel secondo caso si verificherebbe una completa rielaborazione. Infine, a differenza di quanto previsto dall'art. 1374 c.c., la riconduzione ad equità di cui all'art. 7 presuppone una valutazione negativa sul regolamento negoziale predisposto. Nello stesso senso, C. CHESSA, *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, cit., p. 451.

<sup>82</sup> In tal senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 384.

<sup>83</sup> Nel senso che in tutte queste ipotesi, in realtà, opererebbe il principio di proporzionalità, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 393. Principio che di regola determina la riduzione ad equità, o meglio ancora a proporzione, alla quale spesso si accompagnano l'inefficacia o la nullità relativa della clausola. In particolare, F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 441, in relazione alla disciplina della clausola penale farebbe riferimento alla proporzionalità in funzione integrativa.

<sup>84</sup> G. SALVI, "*Accordo gravemente iniquo*" e "*riconduzione ad equità*" nell'art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002, cit., p. 185, sostiene che la *reductio ad equitatem* prevista dall'art. 7 si presenterebbe in termini di diversità rispetto alle altre ipotesi di *reductio*, non limitandosi a ristabilire una logica di mercato, ma attribuendo al giudice un vero e proprio potere di riequilibrare le posizioni contrattuali sia da un punto di vista giuridico che economico.

In generale sulle modalità di funzionamento della *reductio* si rimanda a S. MARTULLO DI CONDOJANNI, *Considerazioni in tema di equità e spazio giuridico autonomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 207, il quale sottolinea che tale disposizione sarebbe molto rilevante in quanto nella stessa troverebbe pieno compimento la dinamica invalidità-sostituzione.

dettati per valutare se sussiste una situazione di grave iniquità<sup>85</sup>, come l'interesse del creditore, la corretta prassi commerciale ed alle altre circostanze di cui al comma 1<sup>86</sup>.

#### 4. La legge di attuazione della Direttiva nell'ordinamento spagnolo.

Per comprendere la portata innovativa delle disposizioni attuative della Direttiva per la lotta contro i ritardi di pagamento nell'ordinamento spagnolo, non ci si può esimere da una, seppur breve, panoramica sulla situazione relativa alla tutela dei contraenti deboli, specie se imprenditori, in Spagna. In passato erano vi erano in particolare due leggi a difesa di tali soggetti: la legge relativa alle condizioni generali del contratto, Ley 7/1998, del 13 aprile, ley de condiciones generales de la contratacion en Espana (LCGC) e quella relativa alla tutela dei consumatori, Ley 26/1984, del 19 luglio, Ley general de la defensa de los consumidores y usuarios(LGDCU)<sup>87</sup>. La prima mirava a proteggere l'aderente, non altrimenti definito, in quanto soggetto che non è intervenuto nella predisposizione della regolamentazione contrattuale in presenza di condizioni generali del contratto<sup>88</sup>.

---

<sup>85</sup> In particolare, A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 135 ss., ritiene che il giudice nello svolgere tale scelta debba basarsi sui medesimi criteri fissati per stabilire se vi è grave iniquità.

<sup>86</sup> A. ZACCARIA, *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 270, sottolinea che la riconduzione a equità dovrebbe limitarsi solo a quelle clausole. Ma M. GRONDONA, *Dalla Direttiva n. 2000/35/CE al d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231*, cit., p. 10, in nota sottolinea che è forte il rischio di un controllo diffuso sull'equilibrio.

<sup>87</sup> La legge in questione all'art. 1 comma 2 definisce il consumatore come "las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden". In particolare l'art. 10, in materia di clausole vessatorie, prevede che "Se considerarán cláusulas abusivas todas aquellas estipulaciones no negociadas individualmente y todas aquellas prácticas no consentidas expresamente que, en contra de las exigencias de la buena fe causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante de los derechos y obligaciones de las partes que se deriven del contrato. En todo caso, se considerarán cláusulas abusivas los supuestos de estipulaciones que se relacionan en la disposición adicional primera de esta Ley".

<sup>88</sup> Similmente a come avviene nell'ordinamento italiano con l'art. 1341 c.c., l'art. 1 della legge definisce le condizioni generali come: "las cláusulas predispuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoridad material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos".

Analogamente a quanto accade nel nostro ordinamento, la tutela prevista, in questi casi è in primo luogo formale, dal momento che la legge consente l'inclusione nel contratto delle clausole predisposte unilateralmente, e destinate a regolare un numero indefinito di rapporti contrattuali, solamente laddove siano state ottemperate le regole volte a garantirne una conoscibilità da parte dell'aderente. Questa legge non si limita a prevedere un controllo di tipo formale, ma prevede anche un controllo di tipo sostanziale su suddette clausole<sup>89</sup>, limitato, però, ai soli casi in cui l'aderente sia un consumatore<sup>90</sup>. Diversamente, nessun controllo di questo tipo verrebbe previsto nelle ipotesi in cui l'aderente sia un imprenditore<sup>91</sup>. La scelta della legge spagnola, chiaramente ispirata ad una logica di tipo liberale, di non entrare nell'ambito dei contratti tra imprenditori, sulla base della considerazione che tali soggetti hanno sufficiente capacità di negoziare i loro interessi<sup>92</sup>, non è andata esente da

---

<sup>89</sup> L'art. 8 comma 2 prevede infatti che: "En particular, serán nulas las condiciones generales que sean abusivas, cuando el contrato se haya celebrado con un consumidor, entendiendo por tales en todo caso las definidas en el artículo 10 bis y disposición adicional primera de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios".

<sup>90</sup> La LCGC del 1998 in ambito di condizioni generali aveva, infatti, escluso che un simile controllo potesse verificarsi anche nell'ambito dei rapporti contrattuali tra imprenditori, limitandolo unicamente ai rapporti tra imprenditori e consumatori. In particolare sul punto, si v. J.J. BIANCO GÓMEZ, *Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la ley de condiciones generales de la contratación: la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales de los contratos entre profesionales o empresarios y la clase de nulidad de las condiciones generales contempladas en dichas normas*, in *Estudios jurídicos en homenaje al professor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2004, p. 1471 ss.; F. RODRÍGUEZ ARTIGAS, *El ámbito de aplicación de la ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*, in *Las condiciones generales de la contratación y la ley 7/1998, de 13 de abril*, Barcellona, 1999, *passim*; J.A. BALLESTEROS GARRIDO, *La condiciones generales del los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcellona, 1999, *passim*.

<sup>91</sup> Critica la mancanza di una disposizione che consenta un controllo di tipo contenutistico laddove parti siano degli imprenditori, J. M. MIQUEL, *sub. art. 8*, in A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, L. DíEZ-PICAZO e P. DE LEÓN, *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 446 ss.; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Cizus Menor, 2009, p. 149, si esprime in termini molto negativi sul fatto che un controllo di tipo materiale venga previsto solo se l'aderente è un consumatore, dal momento che da questo punto di vista in entrambi i casi si tratterebbe di un soggetto che non ha partecipato alla negoziazione.

<sup>92</sup> K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del los empresarios en la contratación con condiciones generales*, cit., p. 151, parla di miopia o insensibilità verso le problematiche legate alla contrattazione di impresa. Viene evidenziato che neppure nei lavori parlamentari che portarono alla legge fu mai sollevato il problema.

Anche se poi il gruppo parlamentare della commissione Canria formulò un emendamento all'art. 8 del progetto di legge proprio al fine di farvi introdurre una disposizione relativa al controllo di abusività delle clausole tra imprenditori. Ma l'A. dice che la mancanza di un dibattito in ordine al problema durante i lavori parlamentari impedisce di comprendere quale può essere la ragione alla base di tale soluzione.

critiche da parte della dottrina. Non si comprende, in realtà, la ragione della previsione di una diversa disciplina per il consumatore e l'imprenditore debole, trattandosi, in entrambi i casi di soggetti che si limitano ad aderire ad un regolamento di interessi da altri predisposto. Nondimeno tale situazione non pareva potersi risolvere neppure operando un'interpretazione estensiva o addirittura analogia dell'art. 8 anche agli imprenditori<sup>93</sup>, dal momento che il riferimento espresso al soggetto consumatore parrebbe indicare in modo chiaro la volontà di limitarne l'ambito di applicazione soltanto a tale soggetto<sup>94</sup>. Risultando, quindi, la tutela offerta all'imprenditore debole essere poca cosa, in dottrina alcuni hanno ipotizzarono, in presenza sempre di condizioni generali, di consentire forme di controllo sul contenuto fondate sulla clausola di buona fede di cui all'art. 1258 CC e 57 Ccom<sup>95</sup>; soluzione che da molti verrebbe criticata sulla base del fatto che non si potrebbe dare vita ad un controllo materiale basato sulla buona fede al di fuori dei casi in cui sia la legge ad attribuire alla buona fede tale funzione<sup>96</sup>.

---

Va sottolineato che la confederación spagnola de empresarios giustificò tale scelta in base alla circostanza che diversamente si sarebbe appesantito eccessivamente la contrattazione tra imprenditori.

<sup>93</sup> In giurisprudenza, si v. Sts 18.09.98 ha applicato la LCGC tra imprenditori. Alcuni autori cercarono di fornire un'interpretazione estensiva dell'art. 8 comma 2 per applicare un simile controllo anche nell'ambito dei contratti tra imprese, tra questi: In dottrina, R. BERCOVITZ, *Comentario a l'article 8, en Comentariós a la ley de condiciones generales de la contracción*, a cura di Bercovitz, Madrid, 1999, p. 259. l'A. sottolinea che la disposizione di cui all'art. 8 comma 2 non andrebbe ad escludere la possibilità di considerare abusive anche le clausole relative agli imprenditori, ma si limiterebbe ad occuparsi di quelle relative ai consumatori e a ciò si arriva sottolineando che la norma dice "en todo caso"

<sup>94</sup> K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del los empresarios en la contratación con condiciones generales*, cit., p. 221 ss. Dice infatti che la soluzione non può essere quella dell'analogia, in quanto strumento destinato ad incontrare dei limiti nel momento in cui la legge si è espressamente riferita al consumatore volendo limitare il suo ambito di applicazione proprio a questo soggetto. In particolare, J.J. BIANCO GÓMEZ, *Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la ley de condiciones generales de la contratación: la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales de los contratos entre profesionales o empresarios y la clase de nulidad de las condiciones generales contempladas en dichas normas*, cit., p. 1476, sottolinea che un'interpretazione letterale, logica e sistematica della disposizione porta a concludere che il legislatore abbia voluto in modo espresso e categorico limitare l'ambito di applicazione della disposizione in questione ai soli contratti di cui sia parte un consumatore.

<sup>95</sup> In tal senso, F. DE CASTRO, *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975, p. 61.

<sup>96</sup> In tal senso M. GARCÍA AMIGO, *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*, Madrid, 1969, p. 259; K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del los empresarios en la contratación con condiciones generales*, cit, p. 208, il quale, pur riconoscendo che la buona fede possa avere un'elevata potenzialità nell'ambito dell'integrazione del contratto, ritiene suddetta clausola generale che non possa essere utilizzata come strumento di controllo delle condizioni generali abusivi.

Di conseguenza, l'ordinamento spagnolo non disponeva propriamente di una norma che consentisse nell'ambito dei contratti tra imprenditori un controllo del contenuto del contratto, se non nei limiti della disciplina generale del diritto civile: anche la disciplina della dipendenza economica, come abbiamo avuto occasione di vedere in precedenza, pur sicuramente realizzando una forma di tutela dell'imprenditore debole, in realtà non garantirebbe una protezione generalizzata all'imprenditore debole, incontrando alcuni limiti di applicazione dovuti alla sua collocazione nell'ambito della concorrenza sleale. Alla luce degli elementi richiamati, si comprende la portata innovativa nell'ambito di questo ordinamento della ley 3/2004 del 29 dicembre 2004 (Ley de Lucha Contra la morosidad, LLCM), attuativa della Direttiva comunitaria sui ritardi di pagamento<sup>97</sup>, e, in particolare, l'art. 9<sup>98</sup>

---

<sup>97</sup> Sul punto, B. ARRUNADA, *La Directiva sobre morosidad: una mala solución para un falso problema*, Madrid, 1999 e ID., *Aplazamiento de pago u morosidad en la transacciones comerciales*, Madrid, 1999; J. PULGAR EZQUERRA, *El Proyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la nueva legislación concursal*, in *Actualidad Jurídica*, 2003, p. 1 ss; M. GARCÍA MANDALONIZ, *La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2000/35/CE*, in *Not. UE*, 2004, p. 20; P. ROMERO CANDAU, *Medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, Madrid, 2006, *passim*; L.M. MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, cit., *passim*; M.V. CUARTERO RUBIO, *La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, in *La ley*, 2006, p. 10, il quale afferma che la direttiva cerca di realizzare un difficile equilibrio: "Es en el juego de la autonomía de la voluntad donde se pone en evidencia el difícil equilibrio en que se mueve la Directiva en cuanto a sus objetivos: por una parte, es una norma ordenadora de mercado, inspirada por el principio de transparencia y protección de la confianza; por otra, es una norma de protección de parte débil en la contratación, al amparo de un principio de protección; objetivo al que responde, por ejemplo, la armonización de mínimos prevista por la norma".

<sup>98</sup> Artículo 9. *Cláusulas abusivas*. 1. Serán nulas las cláusulas pactadas entre las partes sobre la fecha de pago o las consecuencias de la demora que difieran en cuanto al plazo de pago y al tipo legal de interés de establecidos con carácter subsidiario en el apartado 2 del artículo 4 y en el apartado 2 del artículo 7, así como las cláusulas que resulten contrarias a los requisitos para exigir los intereses de demora del artículo 6, cuando tengan un contenido abusivo en perjuicio del acreedor, consideradas todas las circunstancias del caso, entre ellas, la naturaleza del producto o servicio, la prestación por parte del deudor de garantías adicionales y los usos habituales del comercio. No podrá considerarse uso habitual del comercio la práctica repetida de plazos abusivos. Para determinar si una cláusula es abusiva para el acreedor, se tendrá en cuenta, entre otros factores, si el deudor tiene alguna razón objetiva para apartarse del plazo de pago y del tipo legal de interés de demora dispuestos en el artículo 4.2 y en el artículo 7.2. Asimismo, para determinar si una cláusula es abusiva se tendrá en cuenta, considerando todas las circunstancias del caso, si dicha cláusula sirve principalmente para proporcionar al deudor una liquidez adicional a expensas del acreedor, o si el contratista principal impone a sus proveedores o subcontratistas unas condiciones de pago que no estén justificadas por razón de las condiciones de que él mismo sea beneficiario o por otras razones objetivas. 2. El juez que declare la invalidez de dichas cláusulas abusivas integrará el contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 1.258 del Código Civil y dispondrá de facultades moderadoras respecto de los derechos y



della stessa, disposizione corrispondente al nostro articolo 7, la quale non solo sarebbe la prima disposizione a consentire forme di controllo del contenuto del contratto tra imprenditori, ma anche per il fatto che consentirebbe un simile controllo anche nel caso in cui il regolamento predisposto sia stato oggetto di trattativa<sup>99</sup>.

La norma spagnola si presenterebbe poi con tratti di novità anche se messa a confronto con la corrispondente previsione contenuta nella Direttiva, nonché con il nostro art. 7, per il fatto che, limitandosi a sanzionare le clausole abusive (*clausulas abusivas*)<sup>100</sup>, ometterebbe qualsiasi riferimento alla necessità che lo squilibrio debba superare una determinata soglia, limita a sanzionare le clausole abusive<sup>101</sup>.

---

obligaciones de las partes y de las consecuencias de su ineficacia. 3. Serán igualmente nulas las cláusulas abusivas contenidas en las condiciones generales de la contratación según lo dispuesto en el apartado 1. 4. Las acciones de cesación y de retractación en la utilización de las condiciones generales a que se refiere el apartado anterior podrán ser ejercitadas, conforme a la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, por las siguientes entidades: a) Las asociaciones, federaciones de asociaciones y corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros. b) Las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. c) Los colegios profesionales legalmente constituidos. Estas entidades podrán personarse en los procesos promovidos por otra cualquiera de ellas, si lo estiman oportuno para la defensa de los intereses que representan.

<sup>99</sup> Va sottolineato che in Spagna la dottrina si limita a constatare la necessità di strumenti di tutela più incisivi per gli imprenditori unicamente in quelle ipotesi in cui non ci sia stata trattativa, come se, diversamente il fatto che l'imprenditore abbia partecipato alla predisposizione del regolamento contrattuale sia di per sé una garanzia dell'assenza di eventuali forme di abuso. Si v., in particolare, K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del los empresarios en la contratación con condiciones generales*, cit., p. 249, il quale sottolinea che la discussione si basa su quelli negoziati mentre introdurre un controllo anche in quelli negoziati ci vuole cautela. In ogni caso anche nell'ambito dei contratti non negoziati, l'A. sottolinea che pur essendo necessarie forme di controllo del contenuto nel caso di contratti tra imprenditori, nondimeno tale controllo non dovrebbe avere la medesima estensione di quello dei consumatori, dal momento che in quel caso le esigenze sono differenti.

<sup>100</sup> La disposizione fa infatti riferimento al "control de abusividad de determinadas cláusulas negociales".

<sup>101</sup> L.M. MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, cit., p. 362, afferma che, in questo modo, la norma risulta ancora più favorevole per il creditore, ma attribuisce eccessiva discrezionalità al giudice. Di conseguenza, l'A. conclude che sarebbe preferibile interpretare la disposizione alla luce della direttiva, e quindi richiedere la sussistenza di una manifesta abusività. K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Cizus Menor, 2009, p. 164.

## CAPITOLO QUINTO

### GLI ELEMENTI COMUNI TRA LE DISCIPLINE DI PROTEZIONE E LA VERIFICA DELL'ESISTENZA DI REALI INDICI DELL'ESISTENZA DEL TERZO CONTRATTO.

**SOMMARIO:** 1. Gli obblighi di forma – contenuto e più in generale gli obblighi finalizzati a garantire una maggiore disclosure. 2. La nullità di protezione. 3. Disposizioni che prevedono forme di controllo del contenuto del contratto. 4. Conclusioni.

#### **1. Gli obblighi di forma – contenuto e più in generale gli obblighi finalizzati a garantire una maggiore disclosure.**

Traendo le somme da quanto emerso nel corso dell'analisi svolta, appaiono effettivamente sussistere talune linee di intervento comuni adottate dal legislatore per prestare tutela all'imprenditore debole: la frequente previsione di oneri formali, l'imposizione di contenuti minimi, il ricorso allo strumento della nullità con caratteristiche sui generis, l'introduzione di forme di controllo del contenuto del contratto. Circostanza che potrebbe indurci a pensare che vi siano argomenti sulla base dei quali costruire la categoria normativa del terzo contratto. Prima però di potersi sbilanciare in tal senso è opportuno soffermarsi su tali denominatori comuni al fine di verificare se possano a ragione essere richiamati come indici dell'esistenza del terzo contratto.

In *primis*, come si diceva, si assiste ad una proliferazione di norme che impongono oneri formali e di contenuto minimo del contratto<sup>1</sup>, come

---

<sup>1</sup> A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 185, sottolinea la rilevanza della previsione di un contenuto minimo, dal momento che in

abbiamo visto ad esempio sia nel caso della subfornitura che del franchising, dove il contratto non solo deve essere a pena di nullità redatto in forma scritta, ma deve anche indicare determinati elementi. Al fine di garantire una maggiore disclosure, in alcuni casi, l'esempio più illustre è il franchising, a tali strumenti si accompagna anche la previsione di incisivi obblighi informativi nella fase precontrattuale.

La predisposizione, in modo così massiccio, di strumenti di tutela di tipo essenzialmente formale sicuramente rallenta la contrattazione tra imprese, tradizionalmente caratterizzata da scarso formalismo, e desta alcune perplessità, trattandosi di contratti conclusi tra soggetti che, in quanto imprenditori, non dovrebbero trovarsi in condizione di asimmetria informativa. Nondimeno non si deve nascondere che anch'essi possono rappresentare una prima importante forma di tutela nei confronti dell'imprenditore debole, contribuendo a garantire una maggiore trasparenza<sup>2</sup>.

La forma, secondo una logica solo in parte nuova, viene, infatti, ad assumere una finalità di protezione (c.d. forme di protezione)<sup>3</sup>, risultando non solo un meccanismo per richiamare l'attenzione sul regolamento contrattuale predisposto<sup>4</sup>, secondo una logica non dissimile da quella

---

manca di una simile previsione la forma non potrebbe essere vista come un efficace veicolo di informazioni.

<sup>2</sup> Definisce la trasparenza come una corretta informazione sulle opportunità del contratto, F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 416. La trasparenza consentirebbe alla parte di poter verificare con maggiore facilità i diritti e gli obblighi che sorgono dal contratto, ponendola così nella condizione di poter scegliere consapevolmente, soprattutto laddove all'onere di forma si accompagni l'obbligo di un contenuto minimo, come avviene di frequente nell'ambito dei contratti con i consumatori. In tal senso, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 772 ss., il quale evidenzia che i vincoli di forma e di contenuto rappresenterebbero due facce della stessa medaglia, essendo funzionali gli uni agli altri.

<sup>3</sup> La forma così diverrebbe una forma di protezione, fungendo da strumento di riequilibrio tra le parti, che opererebbe diversamente a seconda che il soggetto debole rivesta la qualifica di consumatore oppure di imprenditore debole. In tal senso F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 395 ss. L'imposizione di tali forme non è però rimasta priva di contestazioni dal momento che viene sottolineato che le forme impongono costi aggiuntivi e ritardano le contrattazioni. Inoltre, P. RESCIGNO, *"Trasparenza" bancaria e diritto comune dei contratti*, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1990, p. 297, afferma che in realtà tali forme tutelerebbero maggiormente il contraente forte il quale rispettando tali forme andrebbe esente da contestazioni.

<sup>4</sup> F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 420, afferma che anche se da sole trasparenza e informazione non bastano, sicuramente contribuiscono a rendere il consumatore, il piccolo imprenditore o il lavoratore meno indifesi. Anche nell'ambito del diritto del lavoro, tipico ambito che vede contrapposte

tradizionale<sup>5</sup>, ma anche un importante veicolo di informazioni<sup>6</sup>, soprattutto laddove accompagnata dall'obbligo di un contenuto minimo<sup>7</sup>. La stessa in questo modo contribuirebbe a riequilibrare le posizioni delle parti, mettendo la parte più debole in condizione di poter valutare più facilmente i diritti e gli obblighi che le verrebbero imposti, e, quindi, di apprezzare meglio la convenienza del regolamento contrattuale.

Si deve considerare, poi, che gli oneri formali, così come gli obblighi informativi, quelli di contenuto minimo e di formulazione in modo chiaro e preciso dei termini del contratto, consentendo a priori un maggiore controllo sui futuri termini dello scambio, darebbero la possibilità alla parte, se non altro in alcuni casi, di intervenire in via preventiva sul

---

due parti dotate di differente potere contrattuale si ricorre frequentemente alla previsione di oneri formali.

<sup>5</sup> G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 76, dice che anche il formalismo negoziale, che potrebbe apparire un dato comune ai contratti tra imprenditori e consumatori, in realtà, viene utilizzato in questi ambiti per funzioni completamente diverse, in un caso fungendo da strumento di riduzione delle asimmetrie informative (forma informativa), oltre che come strumento per rendere controllabili e comparabili le griglie contrattuali offerte dai vari imprenditori; nell'altro caso, recuperando in questo modo funzioni più tradizionali della forma, come mezzo con il quale richiamare l'attenzione del contraente sul contenuto del contratto, o di facilitare l'assolvimento dei successivi oneri probatori.

<sup>6</sup> E. MORELLATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 571, rimarca che la trasparenza sarebbe una delle nuove finalità della forma, dal momento che la forma scritta funge da veicolo del contenuto del contratto che materialmente viene messo a disposizione del contraente che vi aderisce, non avendo partecipato alla sua predisposizione. In particolare, L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, Milano, 2008, p. 30 ss., parla di un *tertium genus* di forma, accanto a quella ad *substantiam* e ad *probationem* vi sarebbe la forma in funzione di veicolo di informazioni. La forma diverrebbe così uno strumento di riduzione delle asimmetrie informative, causa principale della debolezza del consumatore rispetto al professionista, oppure del risparmiatore nel caso di contratti bancari. Nello stesso senso, M.L. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. merito*, 2004, p. 2622. Da rimarcare che spesso anche l'adempimento degli obblighi informativi richiede il rispetto di determinate forme, senza contare che ormai di frequente all'obbligo del rispetto di una determinata forma si accompagna anche quello di consegnare alla controparte una copia del documento. Tra queste: l'art. 85 c. cons. sulla vendita di pacchetti turistici, l'art. 117 t.u.b. sui contratti di banca, l'art. 23 t.u.f. sui contratti relativi ai servizi di investimento. Anche se F. VENOSTA, *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e contratti*, 2008, p. 877, sottolinea che quest'obbligo vi sarebbe, come espressione del principio generale di buona fede, anche in assenza delle norme citate.

<sup>7</sup> La forma assumerebbe funzioni nuove rispetto a quelle che tradizionalmente le vengono attribuite. In tal senso, F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 401, sottolinea questo aspetto, affermando che lo scenario economico e sociale in cui era stato elaborato il principio di libertà delle forme è profondamente mutato e vengono posti problemi diversi rispetto a quelli che si ponevano in passato: la diffusione della contrattazione di massa ha portato alla necessità di predeterminare schemi contrattuali formali. Se già in passato la forma poteva essere vista sotto certi aspetti come garante dell'autonomia privata, tutelando la libertà del volere, l'A. a p. 414, sottolinea che attualmente mirerebbe a garantire un'eguaglianza non solo formale ma anche sostanziale.

regolamento per evitare che vengano predisposte condizioni sproporzionate, risultando, in qualche termine, queste previsioni anche espressioni del principio di proporzionalità<sup>8</sup>.

Se tali aspetti ci potrebbero incoraggiare verso la possibilità di trovare effettivamente degli indici dell'esistenza del terzo contratto come categoria normativa, non si può però non sottolineare che le linee di intervento seguite non sarebbero proprie solo di alcune discipline a tutela di imprenditori deboli, ma anche dei contratti con i consumatori e con i risparmiatori, ambiti dove la disclosure si rivela particolarmente importante. Questo vale ad esempio in relazione alla previsione di oneri di forma per la validità del contratto<sup>9</sup>, in relazione alle quali si rinvergono

---

<sup>8</sup> Si deve infatti osservare che una formulazione equivoca potrebbe determinare uno squilibrio del regolamento contrattuale che successivamente si andrà a concludere. Infatti gli obblighi di forma, di contenuto, di formulazione in modo chiaro e comprensibile delle condizioni del contratto si prestano, a ben vedere, a tutelare in via preventiva la parte debole dalla conclusione di un contratto squilibrato. In particolare, F. CASUCCI, *Il sistema giuridico proporzionale nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001, p. 407, sottolinea che il principio di proporzionalità si estrinseca non solo attraverso la previsione di contenuti minimi, ma anche attraverso il neoformalismo che concepisce la forma non più come *vestimentum* dell'atto ma come strumento e veicolo di informazioni. La forma, infatti, in alcuni casi potrebbe in concreto avere la funzione di realizzare una maggiore proporzionalità fra le prestazioni contrattuali. In particolare, F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 48; ID., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 100, ritiene che il sistema informativo e il neoformalismo in generale sarebbero, in realtà, funzionali a realizzare una giustizia negli scambi, dal momento che la mancanza di adeguate informazioni deve essere considerata una delle maggiori cause di regolamentazioni ingiuste. Di conseguenza, la violazione di prescrizioni formali verrebbe a porsi come il fondamento di un giudizio di iniquità sostanziale e determinerebbe l'applicazione di sanzioni, funzionali anch'esse a determinare una maggiore proporzionalità tra prestazione e controprestazione. In particolare, E. MORELLATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, cit., p. 614, ritiene che le sempre maggiori forme richieste al fine di garantire la trasparenza, unite alle previsioni di contenuto e a quelle circa la modalità di predisposizione del contenuto in modo chiaro e preciso, sarebbero espressione del principio di buona fede e sarebbero applicabili anche laddove non espressamente previste in presenza di situazioni di differente potere contrattuale tra le parti.

<sup>9</sup> In generale sulla forma del contratto si v. E. BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960, p. 126 ss.; A. DE CUPIS, *Sul contestato principio di libertà della libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 203 ss.; B. GRASSO, *La forma tra regola ed eccezione*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 49; F. GALGANO, *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1988, p. 119; N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997, *passim*; F. DI GIOVANNI, *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di G. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, p. 767; M.C. ANDRINI, *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 135 ss.; R. SACCO, in R. SACCO e G. DE NOVA, *Il contratto*, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 568; R. SENIGAGLIA, *Accesso alle informazioni e trasparenza*, Padova, 2007, p. 90 ss. Come sappiamo, il termine forma può essere inteso secondo due differenti significati: in primo luogo come modalità attraverso la quale la volontà si deve estrinsecare divenendo in questo modo riconoscibile per gli altri. In particolare, A. ORMANNI, voce *Forma del negozio giuridico*, in *Nov. Dig. Ita*, Torino, 1961, p. 557, definisce in questo senso la forma come

molteplici esempi sia nell'ambito dei contratti bancari, si pensi all'art. 117 del d.lgs n. 385/93, sia in materia di contratti dei consumatori, come ad esempio l'art. 47 del d.lgs n. 206/05, in relazione ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, l'art. 53, in relazione ai contratti a distanza, oppure l'art. 71, in materia di multiproprietà<sup>10</sup>. Ma lo stesso può dirsi in relazione alle disposizioni che prevedono obblighi informativi, che nell'ambito dei contratti con i consumatori e i risparmiatori si rivelerebbero uno degli strumenti principali di tutela, tenuto conto che l'asimmetria informativa rappresenta la prima ragione di debolezza di tali soggetti<sup>11</sup>.

---

l'apparenza esteriore, il *vestmentum* del contratto. M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 989, dice che in questo senso la forma rappresenterebbe la modalità con la quale l'atto deve necessariamente esteriorizzarsi al fine di acquistare giuridica rilevanza. In secondo luogo la forma può essere intesa come necessità di una determinata forma, in particolare della forma scritta, da qui la distinzione tra contratti a forma libera e a forma vincolata, nozione questa, che sembrerebbe essere quella adottata dal codice civile in particolare all'art. 1325 c.c. In tal senso, E. MORELLATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, cit., p. 593. La mancanza della forma intesa secondo il primo significato determinerebbe l'inesistenza stessa del contratto, diversamente la mancanza della forma secondo la seconda accezione determinerebbe unicamente l'invalidità del negozio concluso per mancanza di uno degli elementi essenziali. Contesta l'adozione del primo significato di forma e la distinzione tra contratti formali e non formali, A. ORMANNI, voce *Forma del negozio giuridico*, cit., p. 565, secondo il quale dal momento che servirebbe sempre una modalità attraverso la quale manifestare la volontà, i negozi sarebbero tutti formali, ma cambierebbe nei differenti casi la funzione che la forma andrebbe a svolgere, in alcuni casi essendo ad *substantiam actus*, ossia vincolata, e in altri sarebbe libera, nel senso che qualsiasi atteggiarsi in concreto di essa è sufficiente a rendere non solo riconoscibile socialmente, ma anche rendere operante il negozio giuridico.

<sup>10</sup> A sono molti altri gli esempi che possono essere fatti: in materia di contratti con i consumatori, all'art. 87 e 88 del d.l. 17 marzo 1995, n. 111, sui contratti turistici; in materia di intermediazione finanziaria, all'art. 23 del d.lgs. n. 51/98 (T.U.F.).

<sup>11</sup> Si deve evidenziare che la previsione di obblighi informativi nell'ambito di contratti tra imprenditori è limitata in buona sostanza al franchising e in modo marginale a qualche altra fattispecie, come il contratto di agenzia. Anche la previsione di obblighi informativi desta alcune preoccupazioni stante il fatto che, come si è avuto modo di sottolineare, le ragioni di debolezza di un imprenditore, almeno di regola, esulano dalla carenza informativa, trattandosi di soggetti che esercitano in modo professionale una determinata attività, e devono essere rinvenute in altre circostanze, come tipicamente, quella della dipendenza economica.

In generale sugli obblighi informativi, D. VALENTINO, *Gli obblighi di informazione*, Napoli, 1999, *passim*; M.C. CHERUBINI, *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005, p. 31 ss. La rilevanza del ruolo dell'informazione nell'ambito della tutela del consumatore risultava già manifestata dall'art. 153 del Trattato CE il quale in particolare prevedeva che la Comunità si dovesse impegnare a promuovere il loro diritto all'informazione. Non si deve dimenticare poi che l'art. 2 comma 2 lett. c del codice del consumo garantisce ai consumatori il diritto ad un'adeguata informazione e ad una corretta pubblicità. In relazione agli obblighi informativi, si rimanda a L. DI DONNA, *Obblighi informativi precontrattuali*, cit., *passim*. In particolare, una notevole rilevanza veniva attribuita agli obblighi di fornire determinate informazioni in una fase precontrattuale, in alcuni casi accompagnato dall'obbligo di consegnare veri e propri documenti informativi. Questi si rivelano funzionali a mettere la parte più debole in condizione di valutare nella precisione le condizioni del

Stando così le cose, non possono che sorgere perplessità sull'opportunità del nostro percorso dal momento che il fenomeno non sembrerebbe riferibile ai soli contratti tra imprenditori, andandosi a collocare in un panorama più ampio di evoluzione dell'intero diritto dei contratti. Se si guarda alle disposizioni sulla forma, ad esempio, si deve concludere, che le stesse, lungi dal dover essere analizzate separatamente, devono essere collocate in una più ampia tendenza, denominata "Neoformalismo negoziale", che avrebbe ormai una portata tale da mettere in discussione l'attuale valenza nel nostro ordinamento del presunto principio della libertà delle forme<sup>12</sup>. Alla luce dei mutamenti intervenuti,

---

contratto per poter scegliere in modo più consapevole. Strumento che si rivela particolarmente funzionale in materia dei contratti dei consumatori per il fatto che questi soggetti rinvergono le ragioni della loro debolezza in *primis* proprio nella loro condizione di asimmetria informativa.

Al di fuori della disciplina dei contratti tra imprenditori, sono molteplici le disposizioni che prevedono obblighi informativi: nell'ambito dei contratti con i consumatori, si pensi, in *primis*, l'art. 5 comma 3, in materia di obblighi generali che si riferisce in particolare alle modalità con le quali le informazioni devono essere fornite ai consumatori, prevedendo che le informazioni vengano rese in modo chiaro e espresso e che siano adeguate alla tecnica di comunicazione. Per quanto attiene ai contratti negoziati fuori dai locali commerciali, vengono previsti particolari obblighi informativi ex art. 47, da fornirsi per iscritto, in relazione al diritto di recedere e alle modalità attraverso le quali esercitarlo. Tale previsione si giustifica in particolare perché il recesso si rivela uno strumento particolarmente efficace, tenuto conto dell'effetto sorpresa inevitabilmente correlato a questa particolare modalità di conclusione del contratto. Per quanto attiene invece ai contratti a distanza, l'art. 52 prevede tutta una serie di informazioni che devono essere rese al consumatore prima della conclusione del contratto, prevedendo, inoltre, l'obbligo in capo al professionista di dare conferma per iscritto al consumatore delle informazioni di cui all'art. 52 prima o al momento dell'esecuzione del contratto. Ancora, nel caso di commercializzazione a distanza di servizi finanziari ai consumatori, l'art. 67 *quater* e ss. prevedono una serie di obblighi informativi. In materia di timesharing, l'art. 70 prevede che debba essere consegnato ad ogni persona che chieda informazioni su un immobile un documento informativo in cui sono elencati con precisione determinati elementi. L'art. 87 in materia di vendita di pacchetti turistici prevede che nel corso delle trattative e comunque prima della conclusione del contratto il venditore debba fornire al consumatore delle informazioni a carattere generale per iscritto e che prima dell'inizio del viaggio debbano essere fornite ulteriori informazioni e poi l'art. 88 prevede che informazioni devono essere fornite nell'eventuale opuscolo messo a disposizione del consumatore. Ma obblighi informativi precontrattuali vengono previsti anche in materia di commercio elettronico dal d.lgs. n. 70/03, in particolare all'art. 7.

<sup>12</sup> Come sappiamo, tradizionalmente, facendo leva sul dettato dell'art. 1350 c.c., si ipotizzava l'esistenza di un principio di libertà delle forme, in base al quale le parti sarebbero libere di determinare la forma del contratto, salvo espressa disposizione di legge in senso contrario. In tal senso, M. GIORGIANNI, voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, cit., p. 994, secondo il quale le disposizioni che prevedono forme ad *substantiam* costituiscono una deroga davvero penetrante non solo al principio in questione, ma alla stessa autonomia privata, posto che la forma non solo condiziona il sorgere dell'atto, ma viene anche ad impedire che le parti possano eseguirlo, confermarlo, accertarlo. La giurisprudenza, anche più recente, continua a pronunciarsi nel senso dell'esistenza di un principio di libertà della forma. In tal senso, Cass. 12.02.00, n. 1576, in *Foro it.*, 2000, I, c. 1539. Le disposizioni che prevedono determinate forme, vengono, di conseguenza, reputate eccezionali, trovando una loro giustificazione solo in presenza

infatti, anche a voler sostenere che sia mai esistito un simile principio, si deve concludere che le norme che prevedono oneri di forma non possono più essere viste come semplici eccezioni<sup>13</sup>, imponendosi allo stato degli atti la necessità di rivedere il rapporto regola – eccezione, con la conseguenza, non da poco, che verrebbe meno il divieto di applicazione analogica delle stesse. Il rispetto di determinate forme, a ben vedere, si impone ogni volta

---

di contratti di particolare rilevanza economica, al fine di garantire una maggiore certezza. In particolare, F. DI MARZIO, *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, cit., p. 412, sottolinea che le ragioni di certezza si apprezzano sotto tre profili: in primo luogo dal punto di vista sostanziale, la scrittura consente, nel caso di una compravendita immobiliare, di individuare il bene e di stabilire con esattezza il prezzo, in secondo luogo, dal punto di vista processuale, la scrittura privata permette di fornire una prova facile e affidabile sui diritti della parti nascenti dal contratto, e infine, la forma consente l'evidenza pubblica di determinati contratti, in modo da renderne possibile il controllo da parte delle autorità competenti. In realtà, in senso più ampio, E. MORELLATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, cit., p. 596, afferma che la forma avrebbe la funzione di dare certezza relativamente all'intera vicenda del rapporto contrattuale, sia per quanto attiene al momento della costituzione che per quello che attiene agli atti destinati a modificare o estinguere il rapporto già costituito. Infine, la forma si rivela funzionale a richiamare la parte ad una più attenta ponderazione. Si pensi alle ipotesi disciplinate dall'art. 1350 c.c. quali, ad esempio, le compravendite immobiliari. Inoltre, va evidenziato che già nel 1942, particolari oneri di forma venivano previsti al fine di tutelare l'aderente di condizioni generali del contratto dall'art. 1341 c.c. In senso critico, R. FAVALE, *Le clausole di forma scritta nelle condizioni generali di contratto: forma di protezione o di pregiudizio?*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 778, secondo il quale: "La storia dell'autonomia contrattuale ha sempre insegnato che la forma scritta si è rivelata una delle armi più efficaci per consentire alla parte forte di districarsi con padronanza all'interno del regolamento contrattuale". Il principio della libertà della forma, inoltre, si rivelerebbe funzionale a garantire una maggiore rapidità nella contrattazione, oltre a limitarne notevolmente i costi. Inoltre, U. MATTEI, *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1999, p. 618, afferma che la forma esporrebbe il contratto a maggiori incertezze sulla stabilità del contratto, potendo lo stesso essere posto nel nulla in mancanza dei requisiti di forma richiesti.

Va rimarcato che già in passato autorevole dottrina aveva messo in discussione l'esistenza di un simile principio. In tal senso, A. ORMANNI, voce *Forma del negozio giuridico*, cit., p. 565, il quale sottolinea che "chi si affacci ad esaminare con la mente sgombra da pregiudizi di sorta la pratica delle prescrizioni normative, è portato a ritenere a concludere che il principio della libertà delle forme è piuttosto un'affermazione teorica – allo stesso modo del principio del nudo consenso, del quale è filiazione diretta – che non un criterio vivo ed operante negli ordinamenti positivi". In particolare, N. IRTI, *Studi sul formalismo negoziale*, cit., p. 143 ss., facendo leva sul primo significato del termine forma, e quindi concludendo che in realtà ogni manifestazione di volontà per essere rilevante richiederebbe una forma intesa come una modalità di estrinsecazione, conclude che l'art. 1325 c.c. non andrebbe a regolare solo quei contratti per i quali viene espressamente prevista una forma legale, ma anche quelli per i quali tale forma non viene regolata. Nella stessa direzione P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006, p. 422 ss., secondo il quale per verificare la natura eccezionale o meno di una disposizione è necessario collocarla nell'ambito dei principi che informano l'ordinamento. Nel caso della libertà delle forme non risulta possibile comprendere quali sia la regola e quale l'eccezione dal momento che tra le stesse correrebbe una relazione di mera alternatività.

<sup>13</sup> Si esprime nel senso di un forte ridimensionamento del principio di libertà delle forme, E. MORELLATO, *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, cit., p. 595.



che una determinata funzione non possa che essere realizzata facendo ricorso a determinate forme; diversamente, le forme sarebbero libere<sup>14</sup>.

## 2. La nullità di protezione.

Altro strumento ricorrente è quello della nullità, che interverrebbe, per sanzionare la parte forte dall'aver abusato del proprio potere contrattuale, o comunque per non aver rispettato disposizioni finalizzate a tutelare la parte debole<sup>15</sup>. Tale forma di invalidità in molti casi verrebbe a presentarsi con caratteristiche peculiari rispetto allo schema tradizionale previsto dal codice civile dagli artt. 1421 e ss: in molti casi, assume la veste di nullità parziale, limitandosi a travolgere alcune clausole e non l'intero contratto, come nel caso dell'invalidità prevista dagli artt. 3, 6 e 9, della legge sulla subfornitura, oppure dall'art. 7 del d.lgs n. 231/02, dove si fa riferimento alla nullità del "patto" e non del contratto. La particolarità consisterebbe nella circostanza che in questi casi, derogando così alla disciplina dettata in tema di nullità parziale dall'art. 1419, comma 1<sup>16</sup>, la

---

<sup>14</sup> In tal senso, P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 422 ss., secondo il quale laddove una funzione possa essere realizzata anche con la libertà delle forme allora si dovrà concludere che vi è libertà delle forme, diversamente, laddove una determinata funzione dovesse essere realizzabile unicamente facendo ricorso a determinate forme allora varranno le regole del formalismo. Tale disciplina a ben vedere sarebbe la medesima che regola le forme all'interno del processo civile alla stregua dell'art. 121 c.p.c. e 156 c.p.c. Diversamente i sostenitori del principio in questione contestano il richiamo di queste disposizioni per il fatto che non vi sarebbe un'analogia previsione nell'ambito del diritto sostanziale, e, inoltre, ritengono che andando a verificare la funzione si consentirebbe all'interprete di svolgere un compito attribuito al legislatore.

<sup>15</sup> Ritene che anche la nullità interverrebbe a proteggere la parte debole in quanto sanziona la violazione delle norme dirette a correggere l'asimmetria di potere contrattuale, A. GENTILI, *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, t. II, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1536.

<sup>16</sup> In materia di nullità parziale, si rimanda a C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000, p. 638 ss.; A. G. DIANA, *La nullità parziale del contratto*, Milano, 2004, *passim*. Va rilevato che in assoluto assistiamo a deroghe all'art. 1419 c.c. il quale nella logica del codice civile troverebbe una sua giustificazione nella buona fede e in relazione ai profili della causa, dal momento che permette la caduta del contratto nelle ipotesi in cui lo stesso rimanga privo della sua ragione giustificativa e si dice, inoltre, che la pretesa alla medesima prestazione, caduta la clausola essenziale, sarebbe contraria a buona fede, dal momento che, in buona sostanza, si pretenderebbe l'esecuzione di una prestazione squilibrata. Sul punto si v. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 776, secondo il quale in materia di contratti tra imprenditori, così come nel caso di contratti con i consumatori, si cercano soluzioni finalizzate a non porre nel nulla il rapporto contrattuale, mirando ad attenuare il carattere distruttivo a fronte della sempre maggiore diffusione dello strumento della

restante parte del contratto verrebbe fatta salva, indipendentemente da ogni valutazione circa il fatto che le parti avrebbero concluso il contratto anche in mancanza della clausola nulla.. Soluzione questa, che pare quella preferibile per tutelare la parte debole, dal momento che, facilmente, l'applicazione della disciplina generale comporterebbe la nullità dell'intero contratto. In questo modo verrebbe attenuato il carattere "demolitorio" che tipicamente viene attribuito alla nullità, rivelandosi la stessa, mirando semplicemente ad espungere le clausole o il patto che si rivelano abusivi, conformativa del regolamento contrattuale. Non osterebbe a tale conclusione la circostanza che, in base ad un'impostazione tradizionale, le ipotesi di nullità parziale, che non si estendono all'intero contratto, siano eccezionali e, quindi, ammesse solo nei casi indicati dal legislatore<sup>17</sup>, dal momento che, alla luce dell'evoluzione intervenuta nell'ordinamento, nullità totale e parziale non possono più essere viste come rispondenti ad un rapporto di regola ed eccezione, risultando, invece, tecniche di tutela alternative, destinate ad operare in ragione degli interessi concreti da realizzare, venendo l'ambito colpito dalla nullità selezionato a partire dalla finalità della norma<sup>18</sup>. Ma vi è di più, a volte la finalità conformativa assumere caratteri particolarmente intensi, seguendo alla nullità del patto l'attribuzione al giudice di un potere di riconduzione a proporzione del regolamento, così come accade nel caso di cui all'art. 7 del dlgs n. 231/02 che prevede che in caso di predisposizione di un accordo gravemente iniquo, il giudice, rilevata la nullità dell'accordo debba procedere a applicare i termini legali oppure a ricondurre il contratto ad equità.

Caratteristica questa che si rivela particolarmente interessante nelle ipotesi di nullità del patto con il quale si sia posto in essere un abuso di dipendenza economica, dal momento che, come abbiamo avuto modo di sottolineare, in questi casi, facilmente, viene data al giudice la possibilità di colmare le lacune anche in relazione agli elementi essenziali del contratto.

---

nullità. In particolare, A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, cit., p. 2, rimarca che le scelte sintetizzate nell'art. 1419 non farebbero i conti con i nuovi utilizzi dello strumento della nullità, che è un rimedio sempre più volto a non obliterare ma a modificare i negozi, preoccupato della ricostruzione e non della distruzione del negozio.

<sup>17</sup> In questo senso porterebbero le numerose disposizioni che prevedono che la nullità non si estenda all'intero contratto: si pensi all'art. 117, comma 6, e 124, comma 4, del d.lgs. n. 385/93 in relazione ai contratti bancari e finanziari.

<sup>18</sup> M.R. MAUGERI, *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003, p. 158.

Inoltre, nelle discipline analizzate, anche se non espressamente indicato dal legislatore, di frequente la nullità si caratterizza per la legittimazione relativa. Caratteristica che parrebbe sicuramente opportuna, dal momento che se in questi casi si dovesse applicare la disciplina generale all'art. 1421 c.c. che prevede che la nullità, in quanto deputata a perseguire interessi generali, possa essere fatta valere da chiunque ne abbia interesse, si finirebbe per attribuire alla parte forte uno strumento attraverso il quale “disfarsi” del vincolo contrattuale e ciò in danno alla parte debole. La legittimazione relativa non potrebbe venire esclusa sulla base del fatto che la nullità relativa sarebbe un'eccezione<sup>19</sup>, consentita solo nei casi previsti dalla legge<sup>20</sup>: la crescente diffusione, soprattutto sulla spinta del legislatore comunitario<sup>21</sup>, di tale tipologia di nullità, infatti, ci impone di superare la richiamata impostazione tradizionale, che non risulta più rispondente al sistema, dovendosi, invece, concludere che, ponendosi anch'essa in termini di alternatività e non di deroga, la semplice mancanza di una disposizione in tal senso<sup>22</sup>, non possa bastare a escludere che si tratti di nullità relativa,

---

<sup>19</sup> S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001, p. 114, afferma che la nullità relativa è frutto di una scelta che si giustifica quando in presenza di un vizio strutturale della fattispecie, determinato da un abuso di una delle parti a danno dell'altra, l'attitudine dello stesso ad incidere, almeno in via diretta, su di un assetto di interessi che non coinvolge terzi soggetti suggerisce la legittimazione all'azione al solo contraente pregiudicato dal patto nullo.

<sup>20</sup> S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 78, afferma che l'impianto codicistico sembra presentarci la nullità assoluta come regola e quella relativa come eccezione, ma tale visione non pare compatibile con la funzione che la nullità svolge nell'attuale sistema, che vede un deciso proliferare della nullità di protezione che si caratterizza, in particolare, per la legittimazione relativa.

L'eccezionalità della nullità relativa veniva basata su un'interpretazione letterale dell'art. 1421 c.c. il quale afferma che la legittimazione a far valere la nullità è assoluta salvo che la legge disponga diversamente. Inoltre, a tale conclusione si arrivava in base alla considerazione che la nullità doveva essere posta esclusivamente a tutela di interessi superindividuali.

<sup>21</sup> Vi sono differenti disposizioni nell'ambito dei contratti con i consumatori e in materia bancaria in relazioni alle quali è previsto che solo la parte debole possa far valere la nullità. Si pensi all'art. 127 del d.lgs. n. 385/93 che espressamente prevede che la nullità possa essere rilevata esclusivamente dal cliente; all'art. 23 comma 3, all'art. 24 comma 2 e all'art. 30 del d.lgs. n. 58/98 che prevedono espressamente che la nullità possa essere fatta valere solamente dal cliente; oppure all'art. 36 del d.lgs. n. 206/05 in materia di clausole abusive. Altre ipotesi possono essere rinvenite nel d.lgs. n. 122/05 diretto a tutelare gli acquirenti di immobili da costruire, che all'art. 2 “Garanzia fideiussoria” prevede che all'atto di stipula di un contratto che abbia come finalità il trasferimento non immediato della proprietà o di altro diritto di godimento su di un immobile da costruire, il costruttore è obbligato a pena di nullità a fornire garanzia fideiussoria. Oppure gli artt. 23 e 24 del tuf. Oltre ad esse vi sono anche altri casi in relazione ai quali, pur non essendo indicato espressamente, si deve ritenere che si tratti di nullità relativa.

<sup>22</sup> Già in altri casi in passato pur non essendo espressamente indicata la legittimazione soltanto di un soggetto particolare, si sosteneva la natura relativa della nullità. Si pensi

desumendosi, invece, la natura assoluta o relativa dalla finalità generale o particolare che la norma mira a garantire.

Pertanto, laddove, come nel caso delle discipline a protezione dell'imprenditore debole, l'interesse perseguito sia particolare<sup>23</sup>, non pare possano porsi dubbi in ordine alla legittimazione relativa a far valere la nullità<sup>24</sup>, salva la possibilità per il giudice di rilevarla, ma solamente a favore della parte debole<sup>25</sup>, dal momento che la soluzione opposta si porrebbe in palese contrasto con l'interesse particolare posto alla base delle stesse.

Anche tali tecniche, però, come osservato in relazione agli obblighi di forma e contenuto, non caratterizzano unicamente i contratti tra imprenditori, essendo molto diffuse anche nell'ambito dei contratti con i consumatori e i risparmiatori, non risultando, così, finalizzate tanto a

---

alla nullità prevista dall'art. 18 ter della l. n. 216/74. Sottolinea tale aspetto, G. BONFIGLIO, *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 868.

<sup>23</sup> Ciò a meno di non ritenere che miri a tutelare un generale interesse del mercato.

<sup>24</sup> S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 88, sottolinea che la nullità relativa poneva tutta una serie di problemi dal momento che non risultava agevole distinguerla dall'annullabilità.

<sup>25</sup> Il carattere relativo della nullità non esclude per ciò stesso la rilevabilità da parte del giudice, ma solo a vantaggio della parte debole. Si deve evidenziare che in passato, in relazione a tale tipologia di nullità si poneva poi il problema di riconoscerne o meno la rilevabilità d'ufficio. Molti infatti sostenevano che era incompatibile la legittimazione relativa e la possibilità di rilevare d'ufficio la nullità. In tal senso, Cass., 14.02.75, n. 590, in *Giur. it.*, 1976, I, c. 1204; in dottrina, R. QUADRI, "Nullità" e tutele del "contraente debole", in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1162, il quale in relazione alle clausole vessatorie denuncia alcune ipotesi nelle quali per il professionista questa previsione potrebbe essere fortemente pregiudizievole, trovandosi in buona sostanza in balia del consumatore stesso. Alcuni manifestavano anche perplessità nei confronti di tale figura ritenendo che la stessa non avrebbe autonomia rispetto alla categoria dell'annullabilità. In questo senso, L. CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico nel diritto privato*, Napoli, 1949, p. 314 ss. Per giustificare la compatibilità tra nullità relativa e rilevabilità d'ufficio si evidenzia che quest'ultima trova il suo fondamento negli interessi che la norma mira a tutelare venendosi a configurare come una nullità di protezione: in particolare, laddove l'interesse tutelato dalla norma fosse un interesse particolare, il giudice potrebbe intervenire d'ufficio solamente al fine di tutelare siffatto interesse. In questo senso, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 100 ss. Il fatto che la nullità possa essere rilevata solamente da una delle parti non deve far mettere in dubbio che si tratti di una nullità autentica dal momento che tale tipologia di nullità conserva tutte le altre caratteristiche della nullità: l'imprescrittibilità dell'azione, la rilevabilità d'ufficio.

Secondo alcuni la nullità relativa andrebbe a mettere il contratto nella disponibilità di uno dei contraenti, mettendo in dubbio che lo stesso abbia effettivamente forza di legge tra le parti. Evidenzia questa particolarità in relazione ai contratti con i consumatori, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 775, il quale sottolinea che nell'ambito dei contratti dei consumatori tale fenomeno si accompagna alla frequente previsione del diritto di recedere in capo ad una sola parte. Circostanze queste che si pongono in contrasto con quanto previsto dall'art. 1372 c.c.

garantire una particolare protezione all'imprenditore debole, rivelandosi, più in generale un valido strumento di tutela di contraenti deboli<sup>26</sup>. Di conseguenza, anche in relazione a questo aspetto, la questione dovrebbe essere affrontata non tanto avendo come punto di riferimento esclusivamente i contratti tra imprenditori, ma l'evoluzione che, nel corso del tempo, ha caratterizzato lo strumento della nullità<sup>27</sup>: nato come tecnica di tutela di interessi generali, su impulso del legislatore comunitario, nel corso del tempo è diventato anche uno strumento a presidio di interessi particolari<sup>28</sup>, e nello specifico, come tecnica di tutela del contraente debole, divenendo nullità di protezione<sup>29</sup>, diretta a reprimere abusi posti in essere da un contraente ai danni dell'altro<sup>30</sup>, oppure come sanzione per la

---

<sup>26</sup> Non a caso l'espressione "nullità di protezione" verrebbe proprio utilizzata nella rubrica dell'art. 36 del codice del consumo, che prevede la nullità delle clausole valutate abusive. Ma ipotesi di nullità di protezione possono essere rinvenute anche nell'ambito dei contratti bancari: si pensi ad esempio alla nullità prevista dall'art. 124 t.u.b. Ma già in precedenza nel nostro ordinamento potevano essere rinvenute ipotesi di nullità di protezione: si pensi all'art. 79 l. 27 luglio 1978 n. 392, ovvero la legge sull'"equo canone".

<sup>27</sup> V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 461, distingue tra nullità funzionali e strutturali: le prime ineriscono al contenuto dell'agire autonomo dei privati in quanto colpiscono pattuizioni inique, sfavorevoli o difformi. Tali nullità non avrebbero una funziona sanzionatoria, ma conformativa. Diversamente le nullità strutturali derivano da deficienze o anomalie di fattispecie, inosservanza di prescrizioni formali.

<sup>28</sup> V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eu. e dir. priv.*, 2001, p. 499, sottolinea che è mutato il fondamento sostanziale della figura da riporre non più necessariamente nella tutela di un interesse pubblico o sociale, ma nella tutela di un interesse particolare.

<sup>29</sup> Si sottolinea che anche nell'ambito delle c.d. nullità di protezione rientrerebbero ipotesi molto eterogenee. In tal senso, V. SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 245; ID., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 460, il quale osserva che queste tipologie di nullità non presentano uno statuto uniforme, in quanto rinviengono il loro fondamento in patologie di diversa natura del regolamento contrattuale, non potendo così essere ricondotte ad uno schema unitario. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 123, non esiste la nullità di protezione con il suo statuto unitario destinato a prevalere sul dettato codicistico in quanto *lex specialis derogat generalis*.

In materia di nullità di protezione, si v., in particolare, G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1332 ss., la quale sottolinea che al fine di tutelare il contraente più debole, per riequilibrare le posizioni dei contraenti, l'ordinamento utilizza una serie di strumenti, e, in mancanza di strumenti ad hoc, ricorre a quelli già esistenti, piegandoli alle nuove esigenze, a volte con qualche forzatura. Da qui si inizia a parlare di una nullità con finalità protettive, caratterizzata dall'impossibilità per la parte forte di farla valere. Sul punto anche, E. LA ROSA, *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea: i nuovi parametri del giudizio di meritevolezza*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007, p. 510 ss., la quale evidenzia come il significato giuridico della nullità vada evolvendosi in relazione alla funzione complessiva svolta dall'ordinamento in sede di realizzazione dei valori fondamentali di uguaglianza e di solidarietà ai quali deve ispirarsi la teoria del negozio e degli strumenti di controllo.

<sup>30</sup> La nullità si rivela strumento per sanzionare gli abusi. F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 862, in

violazione di norme imperative di protezione<sup>31</sup>. Tale nullità si presenta, però, con caratteri peculiari rispetto a quelli che contraddistinguono la nullità secondo la disciplina codicistica, i quali sicuramente l'avrebbero resa inidonea a rispondere alle nuove esigenze di tutela di un soggetto debole<sup>32</sup>, risultando parziale e relativa<sup>33</sup>. Inoltre, discostandosi dalla visione tradizionale in base alla quale la nullità viene vista come un rimedio

---

relazione ai contratti con i consumatori. Trib. Benevento, 25.03.08, afferma che la nullità che colpisce le clausole vessatorie inserite nei contratti stipulati con il consumatore è una nullità di protezione avente natura anche sanzionatoria per il professionista che abbia abusato della propria posizione di contraente forte, volta dunque all'esclusione dal programma contrattuale degli effetti abusivi della clausola, se dannosi per il consumatore. La conseguenza è l'inefficacia della clausola vessatoria nell'interesse del consumatore, anche sotto il profilo dell'inammissibilità di applicazioni parziali o ridotte in favore del professionista.

<sup>31</sup> Tali nullità di protezione secondo un'impostazione, prima ancora che derivare dalla violazione di norme imperative, deriverebbe dalla contrarietà all'ordine pubblico, e più precisamente, dalla contrarietà all'ordine pubblico economico. In questo senso, M.L. GAMBINI, *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, cit., p. 2633. In generale, sulla nozione di ordine pubblico si rimanda a G. B. FERRI, *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano 1970, *passim*; A. GUARNIERI, voce *Ordine pubblico*, in *Dig. Disc. Priv.*, Torino, 1995, p. 154 ss. In particolare poi, si sostiene che la nullità deriverebbe dalla contrarietà all'ordine pubblico economico, si v. sul punto V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 429 ss. Sulla nozione di ordine pubblico economico, M. BARCELLONA, *Intervento statale autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969, p. 224; V. ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, p. 164; G. GIOIA, *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, cit., p. 1338 ss., evidenzia l'evoluzione del concetto di ordine pubblico, alla luce delle norme costituzionali e comunitarie, alla luce della quale l'ordine pubblico tenderebbe a garantire la parità di trattamento da un punto di vista sostanziale. In quest'ottica, rappresentando l'ordine pubblico la manifestazione dei principi che in un determinato momento storico informano l'ordinamento giuridico, allora in certi termini si potrebbe concludere che la stessa contrarietà al principio di proporzionalità potrebbe determinare la nullità del contratto. La proporzionalità in questo modo diverrebbe non solo parametro attraverso il quale svolgere il giudizio di meritevolezza del regolamento di interessi, ma prima ancora, attraverso la nozione di ordine pubblico, risultando uno dei parametri attraverso i quali svolgere il giudizio di liceità. In relazione al principio di proporzionalità si v. F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, cit., p. 443, che afferma che tale principio sarebbe espressione di un ordine pubblico economico, con funzione di controllo sugli atti di autonomia.

<sup>32</sup> In tal senso, E. LA ROSA, *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea: i nuovi parametri del giudizio di meritevolezza*, cit., p. 515. S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 20, la nullità così come intesa tradizionalmente si rivelerebbe inadeguata a tutelare le esigenze del contraente debole.

<sup>33</sup> V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 503, sottolinea che il diritto europeo dei contratti ci propone un modello di nullità del tutto antitetico da quello che emerge dal codice civile. Ma le diversità non sono traducibili nello schema logico regola-eccezione e come tale non si sottrae all'interpretazione analogica. Tali tipologie di nullità, in particolare, non potrebbero essere viste né come eccezionali né come ipotesi di nullità speciale. In tal senso, V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., 2005, p. 464, non solo le nullità di protezione non sono eccezioni, ma non sono neppure speciali, dal momento che anche tale qualificazione presenterebbe il difetto di vedere a tale tipologie di nullità come deviazioni rispetto al sistema. F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 236 ss., il quale sottolinea che la legislazione comunitaria ci ha consegnato un concetto di nullità con caratteristiche differenti.

essenzialmente sanzionatorio e demolitorio<sup>34</sup>, la nullità di protezione, in molti casi non ha caratteri per così dire distruttivi, risultando, invece, conformativa, mirando a rimodellare il regolamento contrattuale, attraverso la predisposizione di forme di integrazione legali, oppure consentendo al giudice di intervenire sul regolamento contrattuale<sup>35</sup>. L'analisi dell'evoluzione di tale tipologie di nullità diffusa nella legislazione speciale, vista la sua notevole diffusione, non può che porre qualche spunto sul rapporto legge generale/legge speciale, e sulla circostanza che ormai strumenti tradizionali venendo utilizzati per rispondere a esigenze nuove, assumono per così dire una nuova veste: anche la nullità, al pari di altri dogmi tradizionali, quali l'autonomia privata e il contratto<sup>36</sup>, ha subito un procedimento di revisione tanto che pare preferibile parlare delle nullità e non della nullità, in virtù del fatto che le caratteristiche di questa forma di invalidità sarebbero differenti a seconda dell'esigenza a cui la stessa deve rispondere<sup>37</sup>.

---

<sup>34</sup> Sottolinea tale originaria funzione delle invalidità in generale, V. SCALISI, *Il contratto e le invalidità*, cit., p. 239, il quale osserva che, di conseguenza, rimane del tutto estranea al sistema codicistico delle invalidità ogni strategia di costruzione e conformazione del regolamento contrattuale per scopi di finalizzazione o funzionalizzazione della tutela al soddisfacimento di particolari esigenze delle parti o di terzi. V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 464, ma tratto caratterizzante sarebbe quello di essere preordinate al rimodellamento del regolamento contrattuale secondo canoni e modelli idonei a garantire la più efficace ed appropriata realizzazione del regolamento di interessi perseguito.

<sup>35</sup> In particolare in materia di contratti con i consumatori, F. DI MARZIO, *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, cit., p. 840, afferma che la nullità assumerebbe un ruolo centrale nella logica del riequilibrio delle posizioni contrattuali, il quale risulta finalizzato a garantire l'eguaglianza sostanziale. V. SCALISI, *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, cit., p. 459 ss., la nullità sempre più viene utilizzata in funzione costruttiva e conformativa del regolamento contrattuale per scopi di finalizzazione della tutela normativa a strategie di cambiamento.

<sup>36</sup> G. BONFIGLIO, *La rilevanza d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 870; F. GALGANO, *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 919; V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 489 ss.

<sup>37</sup> In tal senso A. GENTILI, *Le invalidità*, cit., p. 1437 ss. In particolare, F. VENOSTA, *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004, p. 93, pur osservando che venga prevista una pluralità di discipline, ritiene che la nullità abbia comunque un unico significato. Sul punto si v. R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 81 ss., il quale rimarca che la nullità non sarebbe più solo un rimedio che si riferisce all'atto, ma anche al regolamento, divenendo uno strumento di gestione e controllo del regolamento contrattuale. V. SCALISI, *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, cit., p. 490, afferma che si è assistito ad una frammentazione della categoria in una pluralità di modelli e correlativi statuti normativi. In particolare a p. 505, dice che vi è stato il passaggio dalla nullità alle nullità.

### 3. Disposizioni che prevedono forme di controllo del contenuto del contratto.

Altro denominatore comune alle discipline a tutela dell'imprenditore debole è la presenza di previsioni finalizzate a introdurre forme di controllo del regolamento contrattuale, le quali vietano a priori l'inserimento di determinate clausole, come nel caso dell'art. 6 della l. sulla subfornitura, oppure consentono a posteriori al giudice un sindacato sul regolamento contrattuale predisposto, come nel caso dell'art. 9 della legge sulla subfornitura oppure l'art. 7 del d.lgs n. 231/02. Anche in questo caso, però, per comprendere se si tratti di un indice dell'esistenza del terzo contratto si deve verificare se la *ratio* delle varie disposizioni sia la medesima e se, in particolare, sia proprio quella di tutelare il contraente debole imprenditore. Partendo proprio dall'importante disposizione sull'abuso di dipendenza economica, in base all'analisi svolta in precedenza, non possiamo che manifestare alcune perplessità in relazione alla possibilità di richiamarla come uno degli indici dai quali desumere l'esistenza della categoria normativa del terzo contratto<sup>38</sup>, dal momento che la stessa, pur rivestendo sicuramente una notevole rilevanza nell'ottica della protezione di siffatto soggetto, non parrebbe finalizzata a tutelarlo in quanto imprenditore debole, ma piuttosto in quanto contraente debole, che occasionalmente si trovi a rivestire la qualifica di imprenditore. Tale conclusione parrebbe essere conseguenza logica del fatto che l'art. 9 risulta espressione, in generale, della figura dell'abuso del diritto, e, con specifico

---

<sup>38</sup> Nel senso di estendere l'ambito di applicazione della norma anche oltre ai contratti tra imprenditori, E. CAPOBIANCO, *L'equilibrio economico nei contratti con i consumatori*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 384, afferma che il principio in questione, a differenza della disciplina prevista a tutela dei consumatori, che ha una *ratio* che gli preclude l'applicazione oltre altre a quello specifico ambito soggettivo, risulta "espressione di un principio generale del sistema applicabile a tutte le ipotesi in cui una parte versi nelle medesime condizioni di debolezza pur senza essere imprenditore e ciò in sintonia con il principio di eguaglianza che rimarrebbe travolto ove si desse un'interpretazione della norma limitata ai soggetti imprese". Si potrebbe applicare anche ai consumatori, quindi anche se di regola in sede di rapporti tra consumatori e professionisti l'equilibrio economico non potrebbe venire in considerazione, qualora il consumatore si venisse a trovare in una situazione analoga a quella prevista dall'art. 9, essendo nell'impossibilità di reperire sul mercato alternative soddisfacenti, allora si dovrebbe ammettere un controllo sull'equilibrio economico. Nella stessa direzione anche, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 231, il quale ritiene che la disposizione in esame trascenderebbe anche i rapporti tra imprese assurgendo a principio generale che trova nell'abuso contrario a buona fede e nell'irragionevole sperequazioni tra le prestazioni i propri presupposti.



riferimento all'ipotesi di predisposizione di condizioni contrattuali gravose o discriminatorie, del principio di rango costituzionale di proporzionalità, il fondamento dei quali prescinde dalla qualifica soggettiva rivestita dalle parti.

Sulla base di queste considerazioni, non solo l'ambito di applicazione dell'art. 9 non potrebbe essere relegato alle sole ipotesi di subfornitura, ma neppure ai soli rapporti tra imprese, ben potendo trovare applicazione ogniquale volta sussistano le condizioni descritte dalla norma, a prescindere dalla qualifica di imprenditore delle parti. Non essendo quindi la norma specificatamente destinata alla tutela dell'imprenditore debole, parrebbe difficile individuare nella stessa un indice rivelatore dell'esistenza del terzo contratto come categoria giuridica, se non ai fini descrittivi. Il medesimo discorso parrebbe valere anche per l'art. 6 della stessa legge, che, con una tecnica non dissimile da quella dettata dal legislatore nel caso delle clausole vessatorie, salvo il fatto che in questo caso non rivelerebbe che le stesse siano state oggetto di trattativa e non sarebbe rimessa al giudice alcuna valutazione discrezionale, proibisce la predisposizione di clausole che per il loro contenuto si prestano facilmente a creare regolamentazioni squilibrate a vantaggio della parte più forte.

Per quanto attiene, invece, alle disposizioni introdotte dal d.lgs. n. 231/02 e, in particolare, l'art.7, se si rivolge lo sguardo all'intera disciplina prevista dal d.lgs. n. 231/02, sorgono sin da subito alcune perplessità in ordine al fatto che la stessa miri a tutelare il contraente debole imprenditore, dal momento che l'applicazione della stessa non presuppone alcun accertamento dello stato di debolezza del creditore<sup>39</sup>. Se nel caso dei contratti con i consumatori non vengono previste forme di verifica in tal senso, ritenendo l'ordinamento che tali soggetti siano deboli in quanto consumatori, diversamente, una sorta di presunzione della situazione di debolezza non parrebbe poter essere prevista in relazione ad un contraente,

---

<sup>39</sup> Anche G. DE CRISTOFARO, *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, p. 463, manifesta delle perplessità dal momento che la disciplina in questione non prevede modalità attraverso le quali accertare la debolezza del creditore, ma la ricollega semplicemente alla circostanza che egli si trova ad essere titolare del diritto di credito. Non si fa alcun riferimento alla sua forza economica. Quindi questo porta a chiedersi se la disciplina introdotta dalla direttiva prima che strumento a tutela dell'imprenditore debole non costituisca una misura di protezione dei meccanismi oggettivi di funzionamento del mercato comunitario di beni e servizi.

che, in quanto imprenditore, teoricamente, non dovrebbe trovarsi in condizione di asimmetria informativa rispetto alla controparte. Così facendo, infatti, la disciplina si presta, a ben vedere, ad essere utilizzata anche in danno ad un soggetto debole: si pensi al caso in cui il creditore sia la parte forte del rapporto contrattuale e, non disponendo diversamente le parti, trovi applicazione la disciplina legale, che, come rimarcato, prevede l'applicazione di un tasso di interessi particolarmente elevato. L'esempio mostra, indiscutibilmente, che la disciplina introdotta dal decreto di per sé abbia ben poco a che fare con la tutela di un contraente debole, dovendosi, per converso, concludere che la stessa miri essenzialmente alla tutela del mercato<sup>40</sup>. Un discorso differente potrebbe essere fatto in relazione all'art. 7, dal momento che, seppur anche tale norma, almeno apparentemente, non imponga alcuna verifica sull'esistenza di una condizione di debolezza e di un successivo sfruttamento della stessa da parte del soggetto forte<sup>41</sup>, si potrebbe ipotizzare, alla luce delle finalità indicate nella Direttiva, che al giudice sia chiamato, tra le altre circostanze, proprio a valutare anche l'esistenza di una situazione di debolezza. A meno di non ritenere che, dal momento che soltanto in presenza di uno squilibrio di potere contrattuale tra le parti un soggetto possa tollerare simili condizioni contrattuali, dalla predisposizione di un regolamento particolarmente sfavorevole si possa desumere l'esistenza di una situazione di debolezza in capo ad una parte e l'abuso della stessa da parte del soggetto dotato maggior potere contrattuale. Probabilmente, questo, come altri indici, portano comunque a dubitare che la finalità principale della disposizione sia quella di tutelare una parte debole, prevalendo, invece, le esigenze di tutela del mercato<sup>42</sup>.

---

<sup>40</sup> V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003, p. 58.

<sup>41</sup> Da questo punto di vista la disposizione si differenzerebbe da quella sulla dipendenza economica per il fatto che il giudice non viene in un primo momento chiamato a verificare l'esistenza di una situazione di debolezza e solo successivamente l'abuso del maggior potere contrattuale da parte del contraente forte, mancando il primo accertamento, quasi implicitamente lasciando trasparire che solamente in presenza di una situazione simile una parte accetterebbe un simile regolamento contrattuale. Ciò a meno di non interpretare la disposizione nel senso che il giudice debba in ogni caso valutare anche detta circostanza.

<sup>42</sup> In particolare, S. MAZZAMUTO, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contr. e impr. eu.*, 2005, p. 528, sottolinea la presenza di una finalità più generale alla base della norma che sarebbe quella dell'efficienza del mercato. La disposizione mirerebbe, infatti, a tutelare l'interesse generale alla riduzione dei rischi delle operazioni transfrontaliere rispetto a quelle interne. La previsione della rilevanza d'ufficio si giustificerebbe proprio per la rispondenza

Nondimeno, anche a volere riconoscere che si tratti di una disposizione a tutela di un soggetto debole, pare doversi osservare, allo stesso modo che in relazione alla dipendenza economica, che l'art. 7 in quanto espressiva di un principio, quello di proporzionalità, che opera a prescindere dalle particolari qualificazioni soggettive delle parti, non possa in realtà essere considerata un indice dell'esistenza della categoria normativa del terzo contratto, ponendosi in un panorama sicuramente più ampio di quello dei rapporti contrattuali tra imprenditori.

Le osservazioni svolte in relazione a queste disposizioni, pur non potendoci fornire alcun aiuto in relazione alla costruzione del terzo contratto, offrono molteplici spunti di riflessione su quello che può essere definito come "il nuovo diritto dei contratti". Le forme di controllo sul regolamento contrattuale, viste in passato come eccezionali<sup>43</sup> e consentite solamente in situazione di forte patologia<sup>44</sup>, nel corso del tempo,

---

della disposizione alla finalità pubblica di garantire la certezza dei pagamenti e di escludere dal mercato chi non sia in grado di assicurare i parametri minimi per la ricostruzione di un sistema basato su regole concorrenziali non fittizie.

<sup>43</sup> V. PANDOLFINI, *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, cit., p. 58, afferma che tradizionalmente la determinazione dei termini di scambio è rimessa ai privati. Sul punto, A. CATAUDELLA, *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966, p. 310 ss; ID., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 625 ss. Nondimeno, si deve rilevare come anche in passato vi fossero tentativi di introdurre simili forme di controllo, attraverso tecniche differenti: attraverso il richiamo alla figura della presupposizione, la quale consiste in un presupposto oggettivo che le parti hanno avuto presente al momento della conclusione del contratto ma che non hanno menzionato, al cui venir meno la giurisprudenza riconosce alla parte la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto. In alcuni casi, pur affermando che l'equilibrio delle prestazioni non rileva per l'ordinamento, la giurisprudenza è arrivata a dire che in caso di sproporzione di un certo rilievo mancherebbe la causa e quindi il contratto sarebbe nullo. In tal senso, Cass. 20.11.92, n. 12401, in *Foro it.*, 1993, I, c. 1505.

<sup>44</sup> Rimarca questo aspetto, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 780, il quale afferma che se in passato tali interventi si giustificavano solo in una logica di patologia sociale, come nelle ipotesi di rescissione, o di incapacità naturale, attualmente, invece, paiono giustificarsi anche in caso di fisiologia sociale, laddove le parti cioè, si pensi ai consumatori, subfornitori, agenti, lavoratori subordinati, sono fisiologicamente deboli nel mercato rispetto alla controparte.

Si pensi in questo senso alla disciplina sulla rescissione per lesione, la quale consentendo un controllo sul regolamento, ma solo in presenza di elementi ben determinati quali lo stato di bisogno, l'approfittamento dello stesso e la lesione *ultra dimidium*, testimonierebbe l'irrilevanza dello squilibrio tout court per l'ordinamento, essendo lo stesso tollerato sino ad una determinata soglia. Come sottolinea F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 51. Già in passato, alcuni, analizzando la disciplina della rescissione avevano indicato le problematiche legate alla giustizia contrattuale e le esigenze di giustizia dello scambio. In tal senso, G. MARINI, voce *Rescissione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 966 ss., il quale sottolinea che la rescissione è uno strumento di matrice solidaristica la cui disciplina però presenta alcune contraddizioni. In primo luogo per il fatto che la conservazione del contratto è lasciata nelle mani del contraente che sfrutta, dal momento che quest'ultimo può decidere di operare la riconduzione ad equità.

soprattutto sulla spinta della legislazione comunitaria, si sono sempre più diffuse<sup>45</sup>, tanto da non poter più essere considerate semplici eccezioni, anzi, al contrario, queste ultime parrebbero ormai perfettamente coerenti

---

<sup>45</sup> In questo senso non si possono non richiamare: 1) le disposizioni relative alle clausole vessatorie agli artt. 33. e ss. del codice del consumo, che prevedono una forma di controllo sull'equilibrio normativo. Su questo aspetto si v. F. GALGANO, *Il contratto*, Padova, 2007, p. 532 ss. 2) L'art. 1 comma 3 della l. 108/96, in materia di usura che prevede che "sono usurari gli interessi, anche se inferiori al limite previsto e gli altri vantaggi o compensi che, avuto riguardo alle concrete modalità del fatto e al tasso medio praticato per le operazioni similari, risultano comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di denaro o di altra utilità, ovvero all'opera di mediazione, quando chi li ha dati o promessi si trova in condizione di difficoltà economica o finanziaria". In conseguenza a ciò il legislatore prevede la nullità della clausola relativa agli interessi con la conseguenza che il debitore non sarà tenuto a corrispondere alcun interesse. In materia si v. F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 65. Va precisato però, che secondo alcuni la disciplina dell'usura non potrebbe propriamente essere collocata nell'ambito delle previsioni che introducono nuove forme di controllo sull'equilibrio dello scambio. Si v., sul punto, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 783 ss., dove afferma che da questa nuova prospettiva si deve discostare la disciplina del contratto usurario prevista dall'art. 1815 c.c. del codice civile e dall'art. 644 c.p. dal momento che tale disciplina, pur imponendo che il contratto debba rispettare un determinato equilibrio lo farebbe con modalità che lo avvicinano ai vecchi modelli della tradizione. L'A. provvede poi a differenziare due ipotesi: quella in cui vengano predisposti interessi usurari, dove, ai sensi dell'art. 1815 c.c., viene prevista la nullità della clausola e che non siano dovuti neppure gli interessi legali; previsione che priverebbe di qualsiasi discrezionalità il giudice dal momento che la valutazione del tasso soglia sarebbe prevista in base a parametri di legge. Diversamente, la seconda ipotesi, ovvero quella in cui il contratto non sia propriamente un contratto di credito e quindi non preveda propriamente interessi - fattispecie ricavabile dall'art. 644 c.p., laddove si riferisce alle altre utilità -: in questo caso la valutazione sarebbe rimessa all'autonomia del giudicante il quale dovrebbe valutare quando i vantaggi e i compensi diversi che il contraente usuraio acquisisce dall'altro risultano avuto riguardo alle concrete modalità, comunque sproporzionati rispetto alla prestazione di altra utilità. Da questo punto di vista l'usura potrebbe essere ricondotta al nuovo modello di controllo. Ma secondo l'A. a riportare l'usura nell'ambito del vecchio modello vi sarebbe sempre la previsione secondo la quale, affinché possa esservi usura serve l'ulteriore presupposto della condizione di difficoltà economica o finanziaria in capo al soggetto che subisce l'usura. 3) L'art. 1384 c.c. in materia di penale manifestatamente iniqua. 4) L'art 8 del d.lgs n. 170 del 21 maggio 2004 in materia di contratti di garanzia finanziaria. 5) In questa logica può essere richiamato anche l'art 3 l. 287/90 prevede che sia inoltre vietato: a) imporre direttamente o indirettamente prezzi di acquisto, di vendita o altre condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose. 6) La più volte richiamata disposizione sulla dipendenza economica. 7) L'art. 7 del d.lgs. n. 231/02, il quale secondo alcuni, sembrerebbe particolarmente innovativa, consentendo un incisivo potere di controllo sugli abusi contrattuali a prescindere da una determinata qualificazione soggettiva delle parti. In questo senso, V. CUOCCI, *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, in *Contr. e impr. eu.*, 2006, p. 349. 8) La disciplina della Gross Disparity prevista dall'art. 3.10 dei Principi Unidroit. Sul punto, in particolare, F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, cit., 1999, p. 82 ss., sottolinea che la disposizione relativa alla Gross disparity, di cui all'art. 3.10 dei Principi Unidroit, suonerebbe come ulteriore conferma di un trend che si sta affermando e che va oltre i modelli di politica del diritto che la prassi impone all'esperienza giuridica, ma che consiglia una più ampia rivisitazione ai temi cari alla problematica contrattuale in una nuova dimensione di giustizia distributiva. 9) L'art. Art. 4:109 dei Principi del diritto europeo dei contratti.

con l'ordinamento, il quale da un lato lascia alle parti la possibilità di autoregolamentare i loro interessi, ma dall'altro si riserva un controllo sulle manifestazioni di autonomia volto in primis a verificarne la meritevolezza di tutela<sup>46</sup>. Come si diceva, il contratto, o meglio il modo di intenderlo, risulta inevitabilmente molto diverso da come appariva al legislatore del 1942, non potendo più essere visto come semplice espressione del volere delle parti, sempre poi che di libera manifestazione di volontà si possa parlare, ma come strumento, necessariamente sottoposto a limiti e controlli, finalizzato al perseguimento anche di finalità ulteriori rispetto a quelle proprie dei privati, al fine di attuare, in primis, il principio di solidarietà. Gli indici in tal senso sono ormai numerosi, e il dato rilevante consiste nel fatto che pare ormai inopportuno riferirsi alla tutela del consumatore o dell'imprenditore debole, quali soggetti che necessitano di una particolare protezione, presentandosi invece una prospettiva del tutto nuova, ovvero quella della tutela del contraente debole *tout court*. In tale direzione sembrerebbero orientarci anche i principi Unidroit<sup>47</sup>, i quali propongono forme di tutela di contraenti deboli a prescindere dalla

---

<sup>46</sup> Viene rafforzata la tesi in base alla quale nel nostro ordinamento il controllo dello squilibrio delle prestazioni contrattuali non rappresenta più uno strumento di carattere eccezionale. In tal senso, G. SPOTO, *L'attuazione della direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) Italia*, in *Eu. e dir. priv.*, 2004, p. 178 ss., secondo il quale allo stato degli atti, essendo stato messo in discussione il dogma dell'intangibilità del contratto, il rapporto tra regola ed eccezione parrebbe essersi invertito: di conseguenza sembrerebbe che di fronte a situazioni di asimmetria il giudice possa intervenire. Nondimeno, l'A. afferma che non si possa parlare di potere creativo del giudice, dal momento che allo stesso verrebbero fornite direttive da seguire, in particolare in caso di ritardi nei pagamenti. Sul punto si v. anche, A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assurta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 927 ss., secondo il quale l'intervento correttivo non deve più essere visto come eccezionale, ma come normale aspetto del controllo riservato all'autorità giudiziaria sugli atti di autonomia privata. S.G. SIMONE, *"Contratti d'impresa e favor creditoris"*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 299, afferma che il modo di operare previsto dalla direttiva non è poi così singolare, rispondendo alle caratteristiche di elasticità del concetto di autonomia privata. L'atto di autonomia contrattuale di cui all'art. 1322 c.c. deve essere inteso come un atto di impulso successivamente sottoposto al vaglio dell'ordinamento. In particolare, nel caso di specie, questo vaglio verrebbe operato da un soggetto terzo e imparziale in sede correttiva. Sul punto si v. anche, G. MERUZZI, *Funzione nomofilattica della suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 33 ss. In giurisprudenza, in particolare, si v. Cass., s.u., 13.09.05, n. 18128, in *Foro It.*, 2005, p. 2985 e Cass. 24.09.99, n. 10511, *Giust. civ.*, 1999, p. 2929.

<sup>47</sup> Si sofferma su suddetti principi, F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, cit., p. 49 ss.; L. PONTIROLI, *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di Unidroit: much ado about nothing?*, in *Giur. comm.*, 1997, p. 566; F. MARRELLA, *Nuovi sviluppi dei principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali nell'arbitrato CCI*, in *Contr. e impr. eu.*, 2002, p. 40 ss.; F. MARRELLA, *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. e impr. eu.*, 2000, p. 29 ss.; F. GALGANO, *Lex mercatoria*, Bologna, 1993, *passim*.

qualifica soggettiva che rivestono<sup>48</sup>, e i Principi del diritto europeo dei contratti (PECL) predisposti dalla commissione presieduta da Olè Lando<sup>49</sup>, anch'essi applicabili, a prescindere dallo status delle parti<sup>50</sup>; principi questi, che, pur non essendo vincolanti sono fortemente indicativi delle tendenze verso cui l'ordinamento, in primo luogo quello comunitario, si muove. In base a questi elementi sembrerebbe ormai emergere nel nostro ordinamento un principio generale in base al quale la parte forte non deve abusare del suo maggior potere contrattuale in danno alla parte debole, al fine di conseguire un regolamento sfavorevole a quest'ultima<sup>51</sup>. Si verificherebbe in

---

<sup>48</sup> La disposizione più rilevante ai fini della nostra analisi è sicuramente l'art. 3.10 che prevede tra le cause di invalidità del contratto la *Gross Disparity*. Il commento all'art. 3.10 chiarisce che il contratto può essere annullato laddove lo squilibrio sia così grande da colpire la coscienza di una persona ragionevole.

<sup>49</sup> In generale sugli stessi si v. G. ALPA, *I "Principles of European Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483; L. VALLE, *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. e impr. eu.*, 2000, p. 683 ss.

<sup>50</sup> In particolare può risultare interessante l'art. Art. 4:109 comma 1, che prevede che la parte possa annullare il contratto se al momento della conclusione dello stesso: lett. a. si trovava in uno stato di dipendenza rispetto all'altro contraente ovvero se aveva con esso un rapporto di fiducia, se era in stato di dissesto economico oppure in stato di bisogno, ovvero se era imprevidente, privo di cognizioni, di esperienza o di inettitudine alle trattative e b) l'altro contraente ne era a conoscenza o avrebbe dovuto esserlo e, considerate le circostanze e lo scopo del contratto, approfittava della situazione in cui versava la parte bisognosa in maniera palesemente ingiusta o ne ricavava un eccessivo guadagno. In particolare poi, in relazione agli strumenti che vengono attribuiti alla parte, l'articolo in questione al comma 2 prevede che su richiesta della parte legittimata ad annullare il contratto l'autorità giudiziaria ove opportuno può modificare il contratto in maniera tale da renderlo consona a quello che avrebbe potuto essere concordato qualora fossero stati rispettati i principi della buona fede e della correttezza. Molto innovativo è poi l'art. 4:110 in relazione alle clausole vessatorie, che riporta nella disciplina generale le clausole vessatorie contenute nei contratti con i consumatori: la disposizione infatti prevede che le clausole non negoziate, contrarie ai principi di buona fede e correttezza che danno luogo ad un eccessivo squilibrio tra diritti e obblighi, possono essere annullate. Però tale controllo non si può estendere a determinate clausole (alla clausola che definisce l'oggetto principale del contratto a condizione che sia espressa in modo chiaro e comprensibile, e all'equo rapporto tra i valori delle prestazioni che le parti devono eseguire) e non viene prevista una lista di clausole vessatorie.

<sup>51</sup> In senso contrario, M. BARCELLONA, *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eu e dir priv.*, 2008, p. 33 ss., il quale ritiene che il controllo è ammesso solo dove una norma espressamente lo preveda, dovendosi ritenere ancora suddette disposizioni alla stregua di norme eccezionali, non estendibili analogicamente. Nello stesso senso, S. MARTULLO DI CONDOJANNI, *Considerazioni in tema di equità e spazio giuridico autonomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 208; A.P. SCARSO, *Il contraente debole*, Torino, 2006, p. 99, il quale conclude che la tutela del contraente debole, lungi dall'estendersi ad ogni situazione di debolezza negoziale è sempre soggetta a confini. A.M. BENEDETTI, *L'abuso di libertà contrattuale in danno al creditore*, cit., p. 138, osserva che la diversità tra i contraenti è un elemento ineluttabile della contrattazione e che la repressione degli abusi dovrebbe rimanere circoscritta ai rimedi, alle circostanze, alle situazioni, previste dal legislatore. Diversamente, se si ritenesse sussistente nell'ordinamento un principio in base al quale il giudice può entrare nel giuoco contrattuale, l'autonomia contrattuale ne uscirebbe sostanzialmente svuotata.

questi casi un “abuso di autonomia privata”<sup>52</sup>, avendo i soggetti oltrepassato il limite oltre al quale viene meno la meritevolezza di tutela, giustificandosi così l’intervento correttivo. Principio che, però, secondo molti, in conformità ad un’interpretazione maggiormente rispondente ad una logica liberale, sarebbe finalizzato unicamente ad evitare squilibri che superino una determinata soglia, dovuti, appunto, alla differente forza contrattuale delle parti, escludendo, diversamente, ogni rilevanza allo squilibrio in sé<sup>53</sup>. Diversamente, vi sono voci in dottrina che, trovando

---

<sup>52</sup> In questi termini si esprimeva il 19 considerando alla Direttiva comunitaria. Il termine viene poi richiamato da G. D’AMICO, *La formazione del contratto*, cit., p. 68. Sul punto si v., A. RICCIO, *E’, dunque, venuta meno l’intangibilità del contratto: il caso della penale manifestamente eccessiva*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 95 ss.

<sup>53</sup> Molti autori si pongono nel senso di giustificare interventi di questo tipo sul contratto solo in presenza di una situazione di debolezza di una delle parti, argomentando che solo in questo caso l’intervento sul regolamento sarebbe giustificato dalla necessità di attuare principi costituzionali quali l’eguaglianza, senza andare a sacrificare integralmente l’autonomia privata. In tal senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 321; V. SCALISI, *Categorie e istituti del diritto civile*, Milano, 2005, p. 675. G. SALVI, “Accordo gravemente iniquo” e “riconduzione ad equità” nell’art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 175, sembrerebbe affermare che tali limiti all’autonomia privata si giustificano in tanto in quanto sussistano esigenze di tutela di un contraente debole e nelle circostanze in cui si verifichi un abuso. Va rilevato che le disposizioni richiamate che prevedono forme di controllo presuppongono l’esistenza di tutta una serie di requisiti, da un lato concernenti lo stato soggettivo della parte, e dall’altro l’entità stessa dello squilibrio che deve essere realizzato, ponendo in questo modo determinati limiti all’operare del principio di proporzionalità. In particolare, M. GRONDONA, *Dalla Direttiva n. 2000/35/CE al d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231*, in *I ritardi pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2003, p. 8, manifesta la preoccupazione che vengano incentivati anche interventi giudiziali diretti non solo a colpire gli squilibri economici frutto dell’abuso del potere contrattuale, ma volti a operare un diffuso controllo sull’economia del contratto, e quindi a intervenire anche in situazione di fisiologia contrattuale. In particolare, G. OPPO, *Impresa e mercato*, in *Riv. dir. civ.*, 2001, p. 428, sostiene che tali interventi di controllo presuppongano non solo lo sfruttamento di una situazione di debolezza, ma anche uno stato soggettivo censurabile in capo alla parte forte.

Tale interpretazione risulta sicuramente quella più rispondente ad una logica di tipo liberale, secondo la quale, interventi sull’autonomia regolazione delle parti sono giustificati solamente laddove il contraente si sia trovato in condizioni tali da poter negoziare il regolamento contrattuale, ad esempio per la sua minor forza contrattuale potendo quindi trovare spazio solo in presenza di un deficit di contrattazione. Si deve dare atto del fatto che esiste anche una differente tendenza volta ad assimilare le ipotesi che possono in qualche modo essere ritenute situazioni di menomazione della volontà della parte, come ad esempio quelle di minor potere contrattuale, dovuto a carenze informative, a debolezza tecnologica, arrivando quasi ad ipotizzare l’esistenza di un quarto vizio del volere. In senso critico su questa ricostruzione, U. BRECCIA, *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 194, che sottolinea che questa quarta figura andrebbe a ricomprendere ipotesi molto distanti da loro, si pensi a quelle del contraente in situazione di dipendenza economica, a quello che subisce il fattore sorpresa, che non hanno la saldezza degli altri vizi della volontà. Inoltre, le previsioni dalle quali si potrebbe desumere l’esistenza di questo quarto vizio richiedono, di volta in volta, la presenza di ulteriori requisiti, come un determinato livello di squilibrio o l’approfittamento in capo alla controparte e sono molto eterogenee tra loro. Di conseguenza l’A. conclude che allo stato attuale non esiste una regola generale che in qualche modo risolva il problema della giustizia contrattuale, ma

secondo l'A. questa è una buona cosa perché diversamente, attribuendo una così ampia discrezionalità al giudice.

<sup>54</sup> In passato sussisteva un orientamento molto consolidato in giurisprudenza che negava il potere del giudice di ricondurre ex officio la penale senza un'istanza di parte. In tal senso, Cass. 20.07.66, n. 1968, in *Rep. Foro it.*, 1966, voce *Obbl. e contratti*, n. 313; Cass. 26.06.81, n. 4157, in *Rep. Foro it.*, voce *Contratto in generale*, n. 235; Cass. 15.01.97, n. 341, in *Rep. Foro it.*, 1997, voce *Contratto in generale*, n. 425. Iniziarono a diffondersi pronunce in senso contrario, tra le quali, Cass., 24.09.99, n. 10511, in *Giust. civ.*, 1999, p. 2929. Il contrasto fu risolto dalla Cassazione, S.U., 13.9.2005, n. 18128, in *Foro It.*, 2005, p. 2985, nel senso di riconoscere al giudice il potere di ridurre la penale anche d'ufficio. In particolare appaiono interessanti alcuni passaggi della sentenza, laddove viene evidenziato che: "Ne discende che, pur sostanziandosi la riduzione della penale in un provvedimento che rende in concreto meno onerosa la posizione del debitore e che deve essere adottato tenuto conto dell'interesse che il creditore aveva all'adempimento, il potere di riduzione appare attribuito al giudice non per la tutela dell'interesse della parte tenuta al pagamento della penale, ma, piuttosto, a tutela di un interesse che lo trascende. Del resto il nostro ordinamento conosce altri casi in cui l'intervento equitativo del giudice pur risolvendosi in favore di una delle parti in contesa non è tuttavia predisposto specificamente per la tutela di un suo interesse". Ancora, successivamente la Corte afferma: "In tale senso inteso, il potere di controllo appare attribuito al giudice non nell'interesse della parte ma nell'interesse dell'ordinamento, per evitare che l'autonomia contrattuale travalichi i limiti entro i quali la tutela delle posizioni soggettive delle parti appare meritevole di tutela, anche se ciò non toglie che l'interesse della parte venga alla fine tutelato, ma solo come aspetto riflesso della funzione primaria cui assolve la norma. Può essere affermato allora che il potere concesso al giudice di ridurre la penale si pone come un limite all'autonomia delle parti, posto dalla legge a tutela di un interesse generale, limite non prefissato ma individuato dal giudice di volta in volta, e ricorrendo le condizioni previste dalla norma, con riferimento al principio di equità". La Corte quindi arriverebbe in buona sostanza a ravvisare nell'equità un limite all'autonomia dei privati, sottolineando che sussisterebbe un interesse dell'ordinamento al fatto che sussista un determinato equilibrio tra le posizioni delle parti, e ciò indipendentemente dalla qualifica rivestita dalle parti. Sulla scia di questa sentenza, Cass. civ., 28.09.06, n. 21066. In particolare sul tema della penale manifestamente eccessiva, S. MARTULLO DI CONDOJANNI, *Considerazioni in tema di equità e spazio giuridico autonomo*, cit., p. 200 ss.; V. PESCATORE, *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 415 ss., il quale sottolinea che in realtà la sentenza non presenterebbe delle motivazioni così innovative dal momento che già nel 1942 il Guardasigilli sottolineava la novità di questa disposizione che perseguiva l'obiettivo di contenere l'autonomia dei contraenti, in modo da impedire che l'accordo fosse usurario. Inoltre, l'A. sottolinea che la possibilità di ridurre la penale d'ufficio si rivela perfettamente coerente con le attuali caratteristiche dell'ordinamento; P. PERLINGIERI, *Nuovi profili del contratto*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 236 ss.; G. MERUZZI, *Funzione nomofilattica della suprema Corte e criterio di buona fede*, cit., p. 25 ss., il quale prendendo posizione sulla sentenza della Cassazione 24.09.99, n. 10511, in *Giust. civ.* 1999, p. 2929, sottolinea la novità delle argomentazioni utilizzate, concludendo di essere di fronte a un vero e proprio leading case. La sentenza, infatti, esprimerebbe la tendenza verso l'oggettivizzazione della fattispecie, di cui il potere di ridurre la sanzione sproporzionata rispetto all'interesse leso sarebbe espressione. L'A. sottolinea come la sentenza della Corte evidenzia quella che è la nuova funzione che la buona fede deve venire a ricoprire, ovvero quella di correzione del contenuto del contratto, divenendo così uno strumento di creazione di nuove regole giuridiche. Va però rimarcato che l'A., ponendosi tra coloro che riconoscono la funzione sanzionatoria della penale, conclude che l'applicazione analogica della disposizione può essere consentita solo con riferimento a quelle pattuizioni che svolgano una funzione direttamente o indirettamente sanzionatoria. In senso differente, A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, cit., 2005, p. 927 ss., il quale sostiene che si debba riconoscere la possibilità di applicare analogicamente l'art. 1384 c.c. e quelle disposizioni che consentono forme di controllo sul contenuto del contratto, anche al



arriverebbero ad affermare l'esistenza nel nostro ordinamento del principio della giustizia contrattuale<sup>55</sup>, in base al quale i rapporti contrattuali devono rispecchiare determinati canoni di equità, a prescindere dalla qualificazione soggettiva delle parti e dallo sfruttamento di eventuali posizioni di forza<sup>56</sup>. Tale impostazione non può che essere condivisa, laddove con il termine "giustizia contrattuale", lungi dal voler richiamare canoni etici, ci si voglia limitare a sottolineare la necessità che il regolamento predisposto debba realizzare una determinata composizione degli interessi in gioco, tale che i

---

fine di non disattendere il dovere di solidarietà di cui all'art. 2 Cost. che, in sinergia con il canone di buona fede oggettiva e correttezza, si pone come limite interno di ogni situazione giuridica soggettiva, attiva o passiva, contrattualmente assunta. F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, cit., p. 441, dice che in caso di penale manifestamente iniqua, la *ratio* della disciplina consiste nella necessità di correggere il potere dell'autonomia privata esercitato in maniera non meritevole e contraria ai principi di libertà ed eguaglianza fra i contraenti. In questo senso la previsione rappresenterebbe un'applicazione del principio di proporzionalità, di conseguenza se ne dovrebbe riconoscere la possibilità di un'applicazione oltre a questa clausole, come la caparra confirmatoria o quella penitenziale. In particolare, l'A. sottolinea che ormai emerge come centrale il ruolo svolto dal principio di proporzionalità. Nello stesso senso, M. MASTRANDREA, *Riduzione della penale ex officio: una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 829.

Diversamente, in senso critico, S. MAZZAMUTO, *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, cit., p. 533, il quale si mostra molto scettico sulla possibilità di far riferimento alla disciplina della clausola penale al fine di ricavare argomenti a sostegno della tendenza verso l'espansione di istanze solidaristiche, osservando che se fosse realmente così, la disposizione in questione attribuirebbe al giudice non solo il potere di ridurre la penale, ma anche quello di aumentarla.

<sup>55</sup> In tal senso, E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 647 ss., la quale sostiene che il controllo sia ormai assunto a regola, sottolineando che la giustizia contrattuale, anche in sede internazionale assurgerebbe ormai a valore fondamentale per la cui tutela viene attribuito al giudice un potere che fino a poco tempo fa costituiva intangibile prerogativa delle parti. Nello stesso senso, A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, cit., p. 927 ss., ritiene che l'intervento riduttivo non è più visto come eccezionale, ma come aspetto del normale controllo riservato dall'ordinamento all'autorità giudiziaria; e F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 258, sottolinea che il contratto ingiusto non supererebbe il controllo di meritevolezza. Anche la giurisprudenza sembrerebbe andare in questa direzione, richiamando la clausola di buona fede e l'equità quale fonte di integrazione e correzione. In tal senso si orientano anche alcune pronunce giurisprudenziali, in particolare, la già richiamata Cass. civ. Sez. Unite, 13.09.05, n. 18128, in *Foro It.*, 2005, p. 2985.

<sup>56</sup> In materia di controllo sul contenuto del contratto risulta interessante un inciso contenuto nei Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR). Restrictions on freedom to determine contents of contract. Similarly, restrictions on the parties' freedom to fix the terms of their contract may be justified even outside the classic cases of procedural unfairness such as mistake, fraud, duress and the exploitation of a party's circumstances to obtain an excessive advantage. Grounds on which restrictions might be justified include inequality of information (about either the facts, such as the characteristics of the goods or services to be supplied, or the terms of the contract, or both); and lack of bargaining power. Such problems are most common when a consumer is dealing with a business, but can also occur in contracts between businesses, particularly when one party is a small business that lacks expertise.

termini dello scambio siano in rapporto di proporzionalità<sup>57</sup>. Ancora una volta verrebbe quindi ribadito il ruolo centrale che deve essere attribuito al principio di proporzionalità<sup>58</sup>, che consentirebbe, seppure entro certi limiti, di attribuire rilevanza allo squilibrio tra le prestazioni contrattuali, inteso sia come squilibrio economico che normativo<sup>59</sup>, indipendentemente dall'accertamento di condizioni di debolezza o di approfittamento<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Molti si pongono in contrasto con suddette affermazioni affermando che gli interventi richiamati a sostegno della teoria della "giustizia contrattuale" sarebbero ancora eccessivamente frammentari, e in ogni caso manifesterebbero l'impossibilità di attribuire rilevanza allo squilibrio di per sé. In tal senso, F. VOLPE, *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, cit., p. 82; E. NAVARRETTA, *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 417, i quali sottolineano che lo squilibrio non rileva in quanto tale, ma solo laddove siano presenti determinati presupposti, dal momento che, diversamente, si andrebbe a negare l'esistenza di un'autonomia tra privati. Nello stesso senso, U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, *passim*, per escludere che lo squilibrio possa rilevare di per sé utilizza le seguenti argomentazioni: la disciplina della rescissione, così come altre richiamate come indici dell'esistenza di un principio di giustizia contrattuale, richiedono una sproporzione qualificata, chiarendo che l'ordinamento tollera determinate situazioni di squilibrio. In secondo luogo, alla sproporzione spesso devono accompagnarsi ulteriori presupposti. Anche la disciplina della clausola penale non potrebbe essere utilizzata in tal senso, dal momento che il potere di riduzione andrebbe strettamente ricollegato alla funzione sanzionatoria della penale, in quanto pena privata, la quale in quanto tale dovrebbe sottostare ad alcuni limiti. Infine, le modalità stesse con cui opera la *reductio ad aequitatem*, limitandosi a riportare la lesione al di sotto della soglia della sua rilevanza normativa mostrerebbe un disinteresse da parte dell'ordinamento all'equilibrio degli scambi.

<sup>58</sup> Richiamano in questo senso il principio di proporzionalità, F. CASUCCI, *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, cit., *passim*, il quale afferma che suddetto principio ha la funzione di correggere squilibri che si verificano nella pratica attuazione dei valori e delle norme fondamentali, con lo scopo di sostenere quelle posizioni giuridiche soggettive che presentano un grado di maggiore e concreta debolezza. L'A., a p. 318, sottolinea che il principio di proporzionalità rappresenta uno strumento essenziale per raggiungere l'uniformità giuridica fra i diritti degli Stati membri della comunità. Nello stesso senso, S. POLIDORI, *Discipline della nullità e interessi protetti*, cit., p. 208 ss.; F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, cit., p. 91. In tal senso sembrerebbe orientato anche, G. SMORTO, *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eu. e dir. priv.*, 2007, p. 325 ss., il quale sottolinea che non può essere attribuita alcuna rilevanza alla giustizia dello scambio intesa come oggettiva equivalenza, ciò che rileva è la giustizia commutativa. Di conseguenza, velatamente dice che l'idea di giustizia che viene data corrisponde alla proporzionalità.

<sup>59</sup> Molti autori, richiamano in questo senso la clausola di buona fede, che ormai in questa visione verrebbe ad assumere la funzione di limite all'esercizio dell'autonomia privata. In tal senso, F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 417 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata*, Milano, 1999, p. 155 ss., il quale sottolinea che in conclusione si è pervenuti al riconoscimento della funzione integrativa del contratto che buona fede e correttezza sono ormai sempre più in grado di esplicare; E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, cit., p. 649 ss.; M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 501 ss., il quale ritiene che la buona fede oggettiva sia uno strumento di governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto. A giudizio dell'A., infatti, una regolamentazione squilibrata sarebbe frutto di abuso contrario a buona fede. Si v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 145 ss., il quale definisce la buona fede come un limite all'autonomia individuale e come strumento per accentuare la valutazione obiettiva del contratto. Nello stesso senso, A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, cit., p. 927 ss. In particolare sul

#### 4. Conclusioni.

L'analisi svolta ci porta così a concludere che le linee di tendenza evidenziate non rappresentino indici sulla base dei quali costruire una categoria normativa che si riferisca ai contratti tra imprenditori, dal momento che le stesse riguarderebbero non solo l'ambito delle relazioni contrattuali tra imprenditori forti e deboli, ma in generale il diritto dei contratti. Di conseguenza, pare ormai chiaro che non sia possibile, se non per finalità meramente descrittive, parlare di terzo contratto<sup>61</sup>: seppur il nostro ordinamento si riveli particolarmente sensibile nei confronti dell'imprenditore debole<sup>62</sup>, soprattutto in virtù dell'introduzione della

---

nuovo ruolo che verrebbe a giocare la buona fede non si può non richiamare in giurisprudenza il noto caso Fiuggi, Cass. civ., 20.04.94, n. 3775, in *Foro Amm.*, 1997, 414, "Il principio di correttezza (art. 1175, c.c.) costituisce il limite interno di qualunque posizione giuridica di origine contrattuale e contribuisce alla conformazione (in senso ampliativo o restrittivo) delle stesse posizioni, in modo di assicurare l'ossequio alla giustizia sostanziale del rapporto. Il principio suindicato (buona fede oggettiva) concorre a creare la regola iuris del caso concreto."

Diversamente, pur non potendosi valutare come errata tale impostazione, parrebbe preferibile richiamare il principio di proporzionalità, di cui comunque la buona fede sarebbe espressione. Quest'ultima soluzione, infatti, avrebbe il pregio di tentare una ricostruzione della problematica con un'attenzione maggiore a quello che è il contesto sovranazionale, dove il principio di proporzionalità trova indiscusso riconoscimento.

<sup>60</sup> Gli elementi della debolezza di una delle parti e lo sfruttamento della posizione di forza passerebbero, in un certo qual senso, in secondo piano, potendo gli stessi essere desunti dalla predisposizione di condizioni particolarmente sfavorevoli in danno ad una delle parti, la quale non possa trovare alcuna giustificazione nella logica del bilanciamento degli interessi in gioco. D'altra parte, in questa direzione sembrerebbero anche le c.d. normative di protezione, le quali, pur astrattamente richiedendo la presenza di determinate condizioni per poter trovare applicazione, in concreto - come si è avuto modo di evidenziare in relazione all'art. 7 del d.lgs. n. 231/02 - in molti casi prescindono dall'accertamento della presenza di elementi come lo stato di debolezza, l'abuso e l'eventuale stato di mala fede, venendo tali elementi spesso ricavati dalla mera sussistenza di condizioni squilibrate, dal punto di vista economico o normativo. Non si può, in questo senso, non far riferimento alla disciplina relativa alle clausole vessatorie in materia di contratti dei consumatori, laddove la situazione di debolezza in capo al consumatore, seppure di regola effettivamente sussistente, in realtà viene presunta nel soggetto in quanto consumatore; in secondo luogo il requisito della mala fede non viene accertato, ma anch'esso presunto semplicemente dall'esistenza di siffatta regolamentazione. In materia di clausole vessatorie, si v. F. GALGANO, *Il contratto*, cit., p. 532, il quale, pur sottolineando che la disciplina in questione richieda suddetto requisito conclude che lo stesso, in realtà, sarebbe desumibile dalla predisposizione di un regolamento contrattuale squilibrato.

<sup>61</sup> Ritene che gli indici di esistenza del terzo contratto siano eccessivamente eterogenei, G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, in *Il terzo contratto*, cit., p. 14. Il quale sottolinea che, anche se abbiamo riconosciuto che non esiste la categoria in questione, nondimeno non si deve concludere per un'incomunicabilità assoluta.

<sup>62</sup> Va infatti sottolineato che il nostro ordinamento pare tutelare in modo più intenso l'imprenditore debole rispetto ad altri ordinamenti. Per una panoramica sulla tutela degli imprenditori nell'ambito di differenti paesi europei si rimanda a K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Cizus Menor, 2009, *passim*. Per quanto attiene in particolare alla situazione

disposizione sulla dipendenza economica, nondimeno non pare che quest'ultimo in quanto tale risulti essere destinatario di un'apposita disciplina di tutela, dal momento che, come si è detto gli strumenti che gli

---

spagnola, in generale in relazione all'autonomia privata e le problematiche che pone, si rimanda a J. ALMAGRO NOSETTE, sub. art. 1255 CC, in *Comentario del código civil*, Barcellona, 2006, p. 567 ss., dove viene affermato che questo principio impone il riconoscimento da parte dell'ordinamento giuridico alle persone di un potere di autoregolamentazione dei propri interessi. Gli unici limiti che incontrerebbe tale principio sono quelli dell'ordine pubblico, norme imperative e buon costume. Sui limiti alla libertà contrattuale si rimanda anche a M. DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA, *Estudios sobre el contrato*, Barcellona, 2008, p. 91 ss.

Si occupa invece della contrattazione di massa e l'introduzione di una disciplina a tutela dei consumatori. K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Cizus Menor, 2009, p. 179 ss.; E. VÁZQUEZ DE CASTRO, *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límite de la libertad contractual*, Valencia, 2002, *passim*, traccia un'evoluzione dell'autonomia privata e del suo ruolo. Il quale sembrerebbe osservare che questo principio non è statico, ma modifica i suoi confini nel corso del tempo, mantenendo però inalterata la sua sostanza. In particolare da p. 71, indica le modalità attraverso le quali si estrinsecerebbe tale principio, enunciando in particolare la libertà di stabilire il contenuto del contratto – libertad de configuración. Viene sottolineato che tale principio però avrebbe dei presupposti, prima tra i quali quello dell'uguaglianza formale e sostanziale dei contraenti. In tal senso, E. LALAGUNA DOMÍNGUEZ, *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 1993, p. 24. J. A. BALLESTEROS GARRIDO, *La condiciones generales del los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcellona, 1999, p. 17 ss. Anche in Spagna il dibattito è sorto in relazione alla possibilità di introdurre disposizioni finalizzate a limitare l'autonomia delle parti a determinare il contenuto del contratto.

Abbiamo già avuto modo di sottolineare che prima della legge 3/2004 del 29.12.04 (Ley de Lucha Contra la morosidad, LLCM), attuativa della direttiva comunitaria 35/2000 CE, che all'art. 9, corrispondente del nostro art. 7 che ha introdotto un primo esempio di controllo contenutistico nell'ambito dei contratti tra imprenditori. In particolare l'aspetto rilevante è che non veniva prevista una tutela sostanziale all'imprenditore debole ma solamente una tutela di tipo formale in sede di disciplina delle condizioni generali del contratto, dal momento che tali tecniche di tutela erano previste solamente laddove la parte fosse un consumatore. Sul punto, B. ARRUÑADA, *La Directiva sobre morosidad: una mala solución para un falso problema*, Madrid, 1999 e ID., *Aplazamiento de pago u morosidad en la transacciones comerciales*, Madrid, 1999; J. PULGAR EZQUERRA, *El Proyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la nueva legislación concursal*, in *Actualidad Jurídica*, 2003, p. 1 ss.; M. GARCÍA MANDALONIZ, *La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2000/35/CE*, in *Not. UE*, 2004, p. 20; R. ESTUPINAN CÀCERES, *El proyecto de ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad ed las operaciones comerciales: aspectos básicos*, in *La Ley*, 2004, p. 10; P. ROMERO CANDAU, *Medidas de lucha contro la morosidad en las operaciones comerciales*, Madrid, 2006, *passim*; M.V. CUARTERO RUBIO, *La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, in *La ley*, 2006, p. 7, il quale afferma che la direttiva cerca di realizzare un difficile equilibrio: "Es en el juego de la autonomía de la voluntad donde se pone en evidencia el difícil equilibrio en que se mueve la Directiva en cuanto a sus objetivos: por una parte, es una norma ordenadora de mercado, inspirada por el principio de transparencia y protección de la confianza; por otra, es una norma de protección de parte débil en la contratación, al amparo de un principio de protección; objetivo al que responde, por ejemplo, la armonización de mínimos prevista por la norma. Si v. anche, L.M. MIRANDA SERRANO, *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Madrid, 2008, *passim*. Inoltre, come sottolinea K. J. ALBIEZ DOHRMANN, *La protección jurídica del los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Cizus Menor, 2009, p. 164 ss., il quale sottolinea il dato rilevante ovvero che in questo caso si sottopone a controllo una clausola anche se la stessa sia stata oggetto di contrattazione. Questo parrebbe piuttosto particolare nel sistema spagnolo.

vengono concessi gli sono attribuiti non in quanto imprenditore, ma in quanto contraente debole tout court<sup>63</sup>. Si delineerebbero infatti nell'ambito dell'ordinamento delle linee di intervento comuni tra contratti con i consumatori, con i risparmiatori e con gli imprenditori deboli, soggetti questi che tipicamente rivestono la posizione di contraenti deboli, che sembrerebbero indurci a pensare che la strada percorsa sia proprio quella di tutelare questa più generale figura indipendentemente dalla posizione da questa rivestita. Questa osservazione non deve però indurre a pensare che, vista la presenza indiscutibile di elementi di identità nell'ambito delle differenti discipline, sia possibile costruire una più ampia categoria, dei c.d. contratti asimmetrici, ricomprendente anche i contratti con i consumatori e quelli con i risparmiatori”<sup>64</sup>, che secondo parte della dottrina potrebbe venire ricavata in base ad una serie di elementi: in primo luogo, dalla presunta identità di *ratio*, che sarebbe rinvenuta nell'esigenza di tutelare il contraente dotato di minor forza contrattuale; in secondo luogo, dal fatto che, spesso, vengono utilizzate le medesime tecniche di tutela quali la forma *ad substantiam*, gli obblighi di informazione, la previsione di

<sup>63</sup> Vengono evidenziate numerose difficoltà nell'individuazione della figura del contraente debole. In tal senso, tra gli altri, R. QUADRI, “Nullità” e tutele del “contraente debole”, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1143 ss., sottolinea la difficoltà di fornire una definizione di contraente debole.

<sup>64</sup> Prospetta la possibilità di ricostruire la categoria dei contratti asimmetrici, C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti “reticolari”*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549, dove sottolinea che se in un primo momento vi è stata la tendenza di proporre paradigmi classificatori differenziati a seconda delle peculiarità disciplinari delle diverse categorie, ora invece vi è di nuovo una tendenza a cogliere elementi comuni alle diverse categorie e ricostruire paradigmi concettuali unitari e quindi si cerca di superare le differenze di disciplina, realizzandosi una sorta di astrazione concettuale. V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 788 ss., sostiene che questo nuovo paradigma troverebbe riconoscimento oltre che nelle direttive comunitarie in due importanti elaborazioni del nuovo diritto dei contratti: i Principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali del 1994 e i principi di un diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione Lando (1995-1999). In tali elaborati sarebbero presenti importanti disposizioni applicabili a prescindere dallo *status* rivestito dalle parti, a condizione che sussista asimmetria tra le due. L'A. sottolinea che, se veramente questa supposta categoria ampia di contratti con asimmetria informativa esistesse, e se vi fossero regole che si prestassero ad essere ricondotte ad una medesima *ratio*, allora si dovrebbe arrivare a concludere che sussisterebbe una *ratio* più generale dotata, in ragione della superiore astrattezza, di capacità regolativa estendibile a fattispecie ulteriori rispetto a quelle contemplate. Di conseguenza, si dovrebbe ammettere che tale categoria si sia sostituita a quella codicistica tradizionale che suppone invece la simmetria di potere contrattuale e che va dichiarata ormai estinta. Avremmo così una nuova disciplina sul contratto in generale. In questo senso F. PROSPERI, *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639; C. CASTRONOVO, *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 29.

forme di controllo dell'equilibrio contrattuale, il frequente richiamo alla clausola di buona fede, infine dal fatto che nei Principi Unidroit per i contratti commerciali internazionali del 1994 e nei principi di un diritto europeo dei contratti elaborati dalla Commissione Lando, sarebbero contenute alcune previsioni che parrebbero riferirsi ai contratti asimmetrici<sup>65</sup>.

Anche se sicuramente in entrambi i casi ci troviamo di fronte a contraenti deboli, in quanto dotati di un minor potere contrattuale rispetto alla controparte, nondimeno, tale ricostruzione non pare condivisibile per differenti ragioni<sup>66</sup>: in primo luogo, i rapporti di impresa si differenziano notevolmente da quelli che caratterizzano i contratti dei consumatori. I contratti con i destinatari finali di beni e servizi sono, infatti, il frutto di una contrattazione di massa, caratterizzata dalla assenza della fase delle

---

<sup>65</sup> Il riferimento è, in particolare all'art. 3.10 dei Principi Unidroit.

<sup>66</sup> In senso critico sulla costruzione della categoria dei contratti asimmetrici, G. AMADIO, *Il terzo contratto. Il problema*, cit., p. 16 ss., il quale ritiene sia preferibile distinguere tra contratti dei consumatori e contratti tra imprenditori, dal momento che sussistono significativi profili di distinzione tra queste due "categorie". In particolare, l'A. individua cinque profili distintivi tra il secondo e il terzo contratto. Sarebbero, in particolare: 1. le modalità della contrattazione, 2. la prova dell'asimmetria, 3. le ragioni dell'intervento protettivo contro l'abuso, 4. i parametri della sua valutazione, 5. la configurazione del rapporto nascente dal contratto. In particolare, l'A. sottolinea che si deve ragionare, inoltre, se sia o meno la stessa la ratio alla base delle discipline di protezione. Alcuni elementi, infatti fanno trasparire che le disposizioni che prevedono forme di tutela a favore dell'imprenditore debole, mirino in primo luogo a tutelare il mercato: basti pensare alle origini della disposizione sulla dipendenza economica e al considerando n. 10 relativo alla disciplina sui ritardi nei pagamenti. A onor del vero, però, si deve riconoscere che anche la disciplina consumeristica miri a tutelare la concorrenza. Nello stesso senso, G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., p. 75, sottolinea come non si possa riunire in un'unica categoria secondo e terzo contratto, dal momento che i modi e le tecniche di tutela si differenziano necessariamente rimanendo irriducibili ad uno schema unitario.

Nonostante queste differenze non si deve però concludere per una totale incomunicabilità dei due ambiti giacché il consumatore viene tutelato, in quanto il contratto viene predisposto unilateralmente dalla controparte, tanto che si dice che vi è un esercizio unilaterale dell'autonomia privata. C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, cit., p. 581 ss., evidenzia che al paradigma dell'asimmetria di potere contrattuale non potrebbe attribuirsi alcuna valenza specificatamente precettiva, ma più semplicemente il significato proprio di una formula riassuntiva di una serie di interventi normativi che marcano senz'altro una discontinuità, ma sicuramente non una rottura della logica fondamentale privata dell'autonomia contrattuale. E. NAVARRETTA, *La complessità dei rapporti fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 418, sottolinea che non soddisfa una ricostruzione che legga in chiave di un'assoluta omogeneità tutta la fenomenologia dei contratti asimmetrici. Pertanto, è da escludere sul piano operativo che possa verificarsi l'estensione della disciplina dettata a tutela del consumatore a qualunque contratto stipulato tra soggetti con diverso potere contrattuale. Il contratto asimmetrico non può reputarsi una categoria omogenea in quanto sono differenti le ragioni di politica del diritto che inducono a dare rilevanza alle situazioni di disparità. Nello stesso senso, G. D'AMICO, *La formazione del contratto*, cit., p. 78 ss.

trattative e dalla predisposizione unilaterale del regolamento da parte del professionista; il rapporto che ne deriva, in genere, è destinato ad esaurirsi in un'unica operazione. Diversamente, i contratti tra imprenditori, che si caratterizzano, di regola, per una contrattazione individuale preceduta anche da lunghe trattative e, spesso, rappresentano momenti attuativi di rapporti più complessi destinati a durare nel tempo<sup>67</sup>. Inoltre, le ragioni che determinano l'asimmetria sono completamente diverse: nei rapporti tra imprenditori, esse non possono essere ricondotte alla semplice asimmetria informativa, ma spesso vanno ricercate nelle modalità stesse con le quali si realizza il coordinamento tra le imprese. Si pensi, ad esempio, al contratto di franchising o a quello di subfornitura che impongono, di regola, in capo alla parte di effettuare investimenti "dedicati", o di eseguire prestazioni che, per la loro specificità, non hanno mercato<sup>68</sup>. In realtà, i contratti tra imprenditori pongono, soprattutto laddove si voglia andare ad affrontare le problematiche legate alle reti di impresa, tutta una serie di questioni del tutto ignote ai rapporti tra professionista e consumatore. Infine, alla costruzione di una più ampia categoria osterebbe anche la diversa *ratio* alla base della tutela del consumatore e dell'imprenditore debole.

Quanto emerso non deve però portare a concludere che l'attività svolta sia stata inutile, dal momento che l'individuazione di elementi costanti in alcune legislazioni speciali non può che portarci a rimeditare sulle nuove linee di tendenza del diritto dei contratti<sup>69</sup>, che da un lato introducono strumenti nuovi e dall'altro utilizzano quelli tradizionali per perseguire esigenze nuove. Viene così a prospettarsi in modo inevitabilmente differente anche il rapporto tra disciplina generale e disciplina speciale: a seguito di un periodo in cui si è assistito ad una sorta di "frantumazione" della disciplina generale, di creazione di nuove

---

<sup>67</sup> C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, cit., p. 557.

<sup>68</sup> C. CAMARDI, *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, cit., p. 565, sottolinea, in relazione al contratto di franchising, che "l'asimmetria si annida fisiologicamente tra i nodi della rete, anzi governa la tessitura della rete, tutte le volte in cui le singole imprese accedono alla rete con investimenti, inevitabilmente "dedicati", specifici o "idiosincratici" e in ragione di questi investimenti si trovano poi costrette a procedere in flotta: esse lavorano per la rete e non per il mercato, e fuori rete non hanno mercato".

<sup>69</sup> Evidenzia queste problematiche, V. ROPPO, *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, cit., p. 787.

categorie, si ritorna verso l'unità. Spetta ora all'interprete una riflessione sotto una luce del tutto nuova sul diritto dei contratti, e più in generale, sul diritto delle obbligazioni, nell'ambito dei quali un ruolo particolare deve essere indiscutibilmente attribuito al principio di proporzionalità<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, cit., p. 393.



## **CAPITOLO VI:**

### **VERIFICA DI ULTERIORI STRUMENTI A TUTELA DELL'IMPRENDITORE DEBOLE.**

**SOMMARIO:** 1. Strumenti di tutela destinati all'imprenditore. 2. Predisposizione di un regolamento contrattuale squilibrato da un punto di vista economico. 3. Clausole svantaggiose da un punto di vista normativo. 4. Analisi delle singole clausole vietate: a) patto che attribuisce ad una delle parti, in caso di contratto ad esecuzione continuata o periodica, la facoltà di recesso senza congruo preavviso. b) patto che riserva ad una parte la facoltà di modificare unilateralmente clausole del contratto. 5. Previsione di obblighi informativi nella fase precontrattuale. 7. Risoluzione del contratto.

#### **1. Strumenti di tutela destinati all'imprenditore.**

Pur avendo constatato l'impossibilità di costruire una categoria normativa, la riflessione in ordine ai profili di tutela degli imprenditori deboli non può dirsi conclusa. A questo punto non si può che cercare di trarre le somme per verificare se alle diverse figure di imprenditore debole sia attribuita una tutela effettiva, oppure, in realtà, i mezzi predisposti risultino ben poca cosa.

In primis, si deve porre l'accento sul fatto che, pur essendoci alcune linee di tendenza comuni, come in precedenza abbiamo avuto occasione di rimarcare, spesso il legislatore, a fronte di situazioni che non paiono poi così differenti, ricorre a tecniche di tutela diverse, non sempre ugualmente efficaci. Un esempio chiarirà il concetto: la legge sul franchising predispone numerosi strumenti di protezione, ma unicamente su un piano

formale, rivelandosi, invece, totalmente inadeguata da un punto di vista sostanziale. Il legislatore mira a consentire al franchisee di poter scegliere con cognizione di causa se concludere il negozio, mettendogli a disposizione una serie di informazioni. Ma la tutela si rivela inadeguata perché gli obblighi informativi e di contenuto a poco valgono se non supportati anche da forme di controllo contenutistico, posto che la parte dotata di minor potere contrattuale potrebbe dover concludere un regolamentazione, pur sapendo che la stessa è a sé sconveniente.

Diversamente, la legge sulla subfornitura, trascura, per certi versi, di imporre penetranti obblighi di disclosure, prevedendo, invece, numerose previsioni in ordine a forme di controllo del contenuto del contratto, e quindi predispone una tutela anche di tipo sostanziale. Il subfornitore, infatti, non ha diritto di ricevere una serie dettagliata di informazioni nella fase delle trattative, ma dispone di strumenti di controllo che operano ex ante ed ex post, per evitare che vengano concluse regolamentazioni che si rivelino particolarmente dannose ai danni della parte debole.

Infine, vi sono anche fattispecie contrattuali, si pensi al contratto di agenzia, che non sembrano prevedere alcuna forma di tutela realmente soddisfacente a fronte di situazioni che richiederebbero forse una regolamentazione maggiore.

Di conseguenza, non possiamo che svolgere due constatazioni: in primis, le forme di protezione degli imprenditori deboli si rivelano, di frequente, insufficienti o, comunque, parziali. In secondo luogo, non si può che manifestare alcune perplessità in relazione al fatto che, a fronte di situazioni per certi versi così simili, il legislatore abbia deciso di prevedere forme di tutela così diverse. Per restituire coerenza al sistema si potrebbe pensare che il legislatore abbia ideato tali discipline con l'idea che le stesse potessero integrarsi reciprocamente tramite il ricorso allo strumento dell'interpretazione analogica. Soluzione, questa che potrebbe consentire di evitare forme di differenziazioni che paiono del tutto irragionevoli.

E così, pur avendo escluso la riconducibilità della categoria descrittiva "terzo contratto" ad una categoria normativa, una soluzione differente, ma forse altrettanto soddisfacente, che potrebbe risolvere il

problema delle lacune di tutela previste, potrebbe essere quella di valutare se sussistano strumenti che, seppur previsti in relazione a particolari fattispecie contrattuali, che vedono tipicamente come parti degli imprenditori, possano in concreto risultare applicabili al di fuori di siffatti ambiti, consentendo così una tutela più ampia a tale soggetto. La soluzione di consentire una reciproca integrazione si mostrerebbe opportuna e funzionale, tenuto conto del fatto che, in molti casi, le problematiche risultano essere le medesime<sup>1</sup>. Analogamente a quanto accade in relazione ai contratti atipici, anche in caso di contratti tipici, si può valutare, in caso di lacune, di applicare norme relative ad altri contratti tipici. Questo a meno di non volere pensare che le “lacune” debbano essere intese come una precisa volontà di non fornire ad un soggetto determinati strumenti.

L'assenza di una regolamentazione specifica può, infatti, trovare due giustificazioni: in primis, potrebbe indicare la volontà del legislatore di non prevedere un determinato strumento in una certa circostanza, rappresentando in questo modo una tecnica di disciplina, oppure, al contrario potrebbe rappresentare un'assenza di disciplina e quindi una vera e propria lacuna<sup>2</sup>. Per capire in quale ipotesi ci si trova può rivelarsi funzionale verificare il contesto nell'ambito del quale viene manifestato l'atteggiamento silente e il tasso di coerenza sistematica delle diverse soluzioni possibili<sup>3</sup>.

Laddove si dovesse verificare la presenza di una lacuna, si potrebbe allora valutare la possibilità di ricorrere allo strumento dell'interpretazione analogica, laddove fosse possibile rinvenire tra la fattispecie non regolata e una regolata dall'ordinamento degli elementi di identità, essendo a tal fine rilevante che vi sia corrispondenza di quegli elementi sostanziali che sono

---

<sup>1</sup> L. DELLI PRISCOLLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. com.*, 2004, p. 1182, dice espressamente che franchising e subfornitura sono contratti di integrazione e che, sussistendo la medesima ratio le disposizioni dettate per regolare una fattispecie possono applicarsi analogicamente anche all'altra. Tali discipline vogliono essere incomplete ma presuppongono inevitabilmente di dover essere integrate tra loro: regolando la legge sul franchising solo alcuni aspetti continuano a potersi applicare altre discipline, come la legge sulla subfornitura, per quanto attiene ai profili patologici, e quella della somministrazione per quanto attiene al momento dello scambio di beni e servizi.

<sup>2</sup> In tal senso, A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, p. 427.

<sup>3</sup> In tal senso, A. BELFIORE, *L'interpretazione della legge. L'analogia*, cit., p. 427.

rilevanti per la regola giuridica<sup>4</sup>. Tale strumento non potrebbe però venire utilizzato in presenza di norme penali e norme eccezionali.

Suddetta operazione potrebbe apparire piuttosto agevole, in relazione a quelle fattispecie contrattuali, come franchising, concessione di vendita, e, in certi termini, subfornitura, dal momento che tutti rispondono in qualche modo ad esigenze comuni, dal momento che mirano ad affidare a soggetti autonomi e distinti determinate fasi del processo produttivo, nel caso della subfornitura, oppure della commercializzazione, nel caso della concessione di vendita e del franchising. Non a caso proprio in relazione a queste ultime fattispecie contrattuali, definite come i c.d. contratti di distribuzione, già da tempo si registra un orientamento della giurisprudenza volto a estendere disposizioni previste per un tipo contrattuale anche in relazione alle altre fattispecie rientranti in questa “categoria”<sup>5</sup>: soluzione questa che è risultata particolarmente funzionale in relazione a quelle

---

<sup>4</sup> In tal senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile*, v. I, Milano, 2002, p. 100.

<sup>5</sup> Tra i contratti di distribuzione verrebbero ricomprese quelle fattispecie contrattuali tramite le quali si realizzerebbero forme di integrazione verticale dal momento che anziché provvedere direttamente a mettere beni o servizi sul mercato, affida tale compito a soggetti che sono giuridicamente autonomi, non costituendo un'apposita organizzazione a tale scopo. In materia, si v., AA.VV., *I contratti di distribuzione*, a cura di G. Cassano, Milano, 2006, *passim*. In giurisprudenza menzionano tale “categoria”: Trib. Parma, Ord., 15.10.08, dove viene affermato che “i contratti di distribuzione comprendono l'agenzia, la somministrazione per la rivendita (art. 1568 comma 2 c.c.), la concessione di vendita, il franchising di distribuzione (di beni o di servizi). Caratteristica distintiva è la promozione, da parte del distributore, delle vendite dei beni del produttore, attività che può consistere o nel contattare i potenziali clienti proponendogli l'acquisto, o nel porre in essere una campagna pubblicitaria predeterminata, almeno nelle sue linee essenziali, dal produttore, o nell'attrezzare le vetrine e in genere l'arredamento del locale secondo le direttive del produttore, o nell' esporre l'insegna di quest'ultimo. I beni da distribuire si distinguono dagli altri merceologicamente analoghi (in ragione delle caratteristiche del prodotto o per le particolari modalità distributive o promozionali) e, proprio al fine di difendere o rafforzare tale situazione, vengono inserite o delle clausole di esclusiva di acquisto o di prezzo imposto o raccomandato; sono contratti di durata, caratterizzati da una certa stabilità e continuità del rapporto, in cui si realizza un'integrazione fra produttore e distributore e fra tutti i distributori facenti capo ad uno stesso produttore, tramite la possibilità per i distributori di usufruire di una licenza non esclusiva dell'uso dell'insegna e del know-how del produttore. La contemporanea presenza di tutti questi elementi permette di qualificare un contratto come facente parte della categoria dei contratti di distribuzione e soprattutto consente di ravvisare, all'interno di tutti i contratti aventi le caratteristiche sopra elencate, quella stessa *ratio* che, come visto, legittima un procedimento di applicazione in via analogica di norme”. Cass., 22.02.99, n. 1469, in *Giur. Mass.*, 2003; Trib. Brescia, 11.12.03; Cass. civ., 6.09.96, n. 8142, in *Dir. e Prat. Trib.*, 1997, II, 1297; Trib. Catania, 29.02.88, in *Nuova Giur. Civ.*, 1989, I, p. 12.

fattispecie contrattuali, come la concessione di vendita, che non trovano nell'ambito dell'ordinamento un'espressa disciplina<sup>6</sup>.

A tal fine, tra le varie possibili, la soluzione che si è reputata preferibile è quella di affrontare in modo schematico quelle che sono le situazioni di fronte alle quali l'imprenditore debole necessita maggiormente di tutela al fine di verificare quali strumenti gli vengono messi a disposizione dall'ordinamento, considerando anche se tramite il ricorso alla disciplina generale, in particolare alla clausola generale di buona fede, sia possibile supplire a esigenze di tutela della parte più debole<sup>7</sup>. Sin da subito occorre

---

<sup>6</sup> App. Cagliari, Sent., 11.04.07, in *Riv. Giur. Sarda*, 2009, p. 37, dove si legge che: "La concessione di vendita appartiene al tipo di contratti che regolano i rapporti nel settore della distribuzione commerciale "integrata", caratterizzato da un elevato grado di collaborazione tra concedente e concessionario, anche se costituisce una costante la circostanza che il concessionario acquista i prodotti del concedente e li rivende a terzi in nome e per proprio conto".

<sup>7</sup> Come sappiamo, la clausola generale della buona fede interviene in diverse occasioni, nella fase precontrattuale, imponendo alle parti di comportarsi secondo buona fede ex art. 1337 c.c., nella fase dell'esecuzione del contratto, ex art. 1375 c.c., che prevede che il contratto deve essere eseguito con buona fede, in sede di interpretazione del contenuto del contratto, ex art. 1366 c.c., infine, la buona fede viene richiamata anche in relazione all'integrazione del contratto dall'art. 1374 c.c., riconoscendo in capo al giudice la possibilità di integrare il contenuto del contratto attraverso criteri che rimangono desumibili dal contesto normativo nel quale la clausola si inserisce. Sulla buona fede, si v., A. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, t. IV, Torino, 2004, *passim*. In generale sulla buona fede si veda anche, V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2004, p. 179 ss. La buona fede non ha un significato univoco, venendo, nell'ambito dell'ordinamento, a volte intesa in senso soggettivo, come stato soggettivo della coscienza, a volte come buona fede in senso oggettivo, intesa come regola oggettiva di comportamento. Il tal senso, M. BESSONE E A. D'ANGELO, voce *Buona fede*, in *Enc. Dir.*, t. V., Roma, 1988, p. 1. Alla buona fede in senso soggettivo fanno riferimento delle disposizioni in tema di possesso - si pensi agli artt. 1147, 1153, 1159, 1160 comma 2, 1161 e 1162 c.c., oppure in materia di matrimonio, all'art. 128 c.c. Ma riferimenti alla buona fede in senso soggettivo possono rinvenirsi anche nell'ambito del diritto delle obbligazioni, si pensi all'art. 1189 in tema di adempimento delle obbligazioni oppure all'art. 1415 c.c. in tema di simulazione. Per quanto attiene alla buona fede in senso oggettivo si deve sottolineare che vi sono diverse norme che fanno richiamo a tale nozione di buona fede: l'art. 1375 c.c.; l'art. 1337 c.c.; l'art. 1175 c.c. La buona fede in senso oggettivo viene intesa come obbligo etico di comportamento onesto. A. D'ANGELO, *La buona fede*, cit., p. 3, sottolinea come non sia possibile fornire una nozione di buona fede, vista l'indeterminatezza degli enunciati che alla buona fede si riferiscono alla stessa. V. LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 180, sottolinea che la buona fede in senso oggettivo pone regole di condotta definendo modelli di comportamento socialmente apprezzabili ai quali i contraenti debbono uniformarsi. Come tutte le clausole generali, non troviamo una definizione di cosa si debba intendere per buona fede, essendo rimesso all'interprete di volta in volta riempire di contenuto. Non imponendo la buona fede di tenere un comportamento determinato, è spettato alla giurisprudenza il dare contenuti determinati e specifici al concetto di buona fede. Molti hanno concluso rilevando l'impossibilità di dare una definizione determinata di buona fede, finendo inevitabilmente ogni definizione con il fornire null'altro che un sinonimo del concetto stesso di buona fede. In tal senso, V.

manifestare qualche perplessità in ordine al ruolo svolto dalla clausola in questione, a causa in particolare dell'eccessiva indeterminatezza della stessa e delle numerose difficoltà relative alla determinazione del contenuto della stessa<sup>8</sup>.

## **2. Predisposizione di un regolamento contrattuale squilibrato da un punto di vista economico.**

La presenza di una differente forza contrattuale, può consentire alla parte forte di imporre a quella più debole condizioni squilibrate dal punto di economico, ad esempio prevedendo un prezzo fuori mercato.

Al di fuori delle disposizioni richiamate in precedenza, ovvero l'art. 9 in tema di subfornitura, e l'art. 7 del d.lgs. n. 231/02, non sono presenti, nell'ambito delle discipline delle fattispecie contrattuali, che vedono come parti contrattuali degli imprenditori, disposizioni volte a sanzionare la predisposizione di condizioni squilibrate in termini economici. Per non lasciare determinati imprenditori deboli, come l'agente commerciale, il franchisee, il concessionario – solo per fare qualche esempio – privi di tutela in queste situazioni, la soluzione potrebbe proprio essere quella di ricorrere all'applicazione analogica delle disposizioni a suo tempo analizzate, in primis, dell'art. 9 della l. n. 192/98 in materia di subfornitura. Tra i diversi comportamenti abusivi sanzionati, infatti, la disposizione richiama la predisposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie che, in assenza di una

---

LOPILATO, *Questioni attuali sul contratto*, cit., p. 181. La soluzione, pertanto, resta quella di determinare in concreto, volta per volta, cosa si debba intendere per buona fede e quali sono i comportamenti che in concreto impone. La tendenza è quella di riportare la buona fede all'idea della solidarietà, che a sua volta si specificherebbe nei concetti della lealtà e della salvaguardia. La lealtà interverrebbe principalmente nell'interpretazione e nella formazione del contratto, mentre la salvaguardia, intesa come obbligo di agire in modo da preservare gli interessi dell'altra indipendentemente dall'esistenza di specifici obblighi contrattuali, interverrebbe, invece, nella fase dell'esecuzione. Sul Punto C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 505.

<sup>8</sup> Non risulta infatti agevole comprendere come determinare il contenuto che di volta in volta la buona fede verrebbe ad assumere. In materia si contrappongono diverse teorie: secondo un primo orientamento il contenuto dovrebbe essere desunto da elementi esterni al contratto quali in generale i valori etici; secondo una diversa impostazione il contenuto della buona fede verrebbe determinato facendo riferimento all'art. 2 Cost. e in generale ai precetti della costituzione.

condizione di dipendenza economica, la controparte non avrebbe accettato. La norma si rivelerebbe molto incisiva per il fatto che, pur richiamando la disciplina delle clausole abusive in materia di contratti con i consumatori, a differenza di quest'ultima ricomprienderebbe tra le clausole ingiustificatamente gravose e discriminatorie non sono quelle che determinano uno squilibrio normativo, ma anche economico e, indipendentemente dal fatto che sia intervenuta una trattativa.

In precedenza abbiamo avuto modo di sottolineare che l'art. 9, pur essendo collocata nell'ambito della subfornitura, secondo l'opinione di dottrina e giurisprudenza maggioritarie, può trovare applicazione anche al di fuori dei rapporti di subfornitura, sempre che siano presenti i presupposti richiesti dal legislatore. Tale applicazione, secondo alcuni, non sarebbe neppure analogica, ma diretta dal momento che, non facendo riferimento l'art. 9 alla figura del subfornitore e del committente, si dovrebbe concludere che la stessa si possa applicare in via diretta, in presenza dei presupposti richiesti, anche a rapporti diversi tra quelli di subfornitura. In ogni caso, anche volendo ragionare in termini di applicazione analogica, non sembrerebbero sussistere ostacoli al ricorso a questo strumento di interpretazione: in primis, la mancata previsione di disposizioni analoghe in relazione ad altre fattispecie contrattuali, quali il franchising, o il contratto di agenzia, non pare poter essere dovuta ad una precisa scelta di non fornire in questi casi tale strumento – scelta che dovrebbe sicuramente essere valutata come irragionevole – ma rappresenta sicuramente una lacuna. Non vi sono, inoltre, ragioni per escludere la possibilità di applicare analogicamente tale disposizione, non potendo la stessa essere considerata eccezionale, in quanto l'art. 9 mira a garantire che il contratto risulti espressione di volontà liberamente formate e trova il suo fondamento nei principi costituzionali di solidarietà e uguaglianza, nonché nei principi che informano il diritto comunitario.

Di conseguenza, il franchisee; l'agente commerciale, il concessionario, in caso di concessione di vendita, l'associato in una joint venture, nel caso in cui siano nei confronti della controparte commerciale in una condizione definibile come dipendenza economica, e nel caso in cui

la controparte abusi della situazione, predisponendo condizioni inique da un punto di vista economico, come la previsione di prezzi ingiustificatamente bassi, potranno ex art. 9 della l. n. 192/98 chiedere che venga dichiarata la nullità della clausola. Tale conclusione pare essere la più ragionevole dal momento che la *ratio* alla base della norma è applicabile sia alla subfornitura sia ad altri contratti tra imprenditori, come i contratti di distribuzione, essendo comune alle tutte queste fattispecie l'esigenza di impedire l'abuso della posizione di dipendenza economica, ovvero di debolezza nella quale un imprenditore si trovi nei confronti di un altro quando abbia fatto affidamento sulla trasmissione di un *know - how* specialistico, quando abbia dedicato la propria attività imprenditoriale ad un unico produttore o distributore, quando la durata prolungata nel tempo del contratto abbia fatto aumentare l'entità degli investimenti necessari a partecipare alla rete e quando sia nell'impossibilità di procurarsi alternative commerciali, ovvero di trattare il prezzo dei prodotti distribuiti o forniti su un piano di relativa parità<sup>9</sup>. Rinveniamo, ormai, molte pronunce giurisprudenziali in cui viene applicata tale disposizione a fattispecie diverse dalla subfornitura<sup>10</sup>.

Va però ribadito che in un certo senso la possibilità di applicare tale disposizione risulta limitata da stringenti presupposti, dal momento che, in primis, non viene sanzionato qualsiasi squilibrio ma solo quello che risulti essere eccessivo, nel senso che si deve trattare di uno squilibrio che eccede qualsiasi ragionevole aspettativa e giustificazione. Inoltre, si deve ricordare che l'abuso viene sanzionato solo laddove venga accertata una condizione di dipendenza economica: in presenza di una situazione di debolezza che non raggiunga la soglia della dipendenza economica, l'imprenditore dotato di minor forza contrattuale rimarrebbe privo di tutela.

---

<sup>9</sup> In tal senso, Trib. Isernia, 12.4.06, in *Giur. merito*, 2006, p. 2149.

<sup>10</sup> Come si è già avuto modo di sottolineare nel capitolo III, sono ormai numerose le sentenze che riconoscono la possibilità di applicare tale norma al di fuori dei rapporti di subfornitura: Tribunale di Trieste, ord. 21.09.06, in *La nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2007, p. 899; Tribunale di Bari, 6.5.02, in *Danno e resp.*, 2002, p. 766; Trib. Catania, 5.01.04, in *La nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2005, p. 976 ss.; Trib. Taranto, 17.09.03, in *Foro it.* 2003, p. 3441; Trib. Roma 5.11.03 in *Foro it.*, 2003, p. 3440, relativamente a un caso di concessione di vendita; Trib. Bari 22.10.04, in *Danno e resp.*, 2005, p. 750, in materia di *franchising*; Trib. di Torre Annunziata, 30.3.07, in *Giur. merito*, 2007, p. 341 ss.



Questo perché il legislatore ha reputato di dover intervenire in modo così incisivo, solamente laddove la disparità di potere contrattuale raggiunga una soglia tale che uno dei contraenti, pur partecipando, formalmente, alle trattative, non possa, di fatto, incidere sulla regolamentazione. Negli altri casi si è preferito lasciare che l'equilibrio economico sia lasciato all'autonomia delle parti, salva l'eventuale applicazione di norme a portata generale. Fermo restando che anche in queste circostanze non possiamo che chiederci che incidenza diretta possa avere il principio di proporzionalità, stante il fatto che sempre più nell'ambito dell'ordinamento sembra affermarsi quel principio di giustizia contrattuale alla luce del quale, a prescindere da un accertato stato di debolezza, viene richiesto che le regolamentazioni rispondano ad una logica proporzionale. Come richiamato in precedenza laddove si è parlato del fenomeno della giustizia contrattuale, si è avuto modo di richiamare anche il rilevante ruolo che la giurisprudenza, e anche parte della dottrina, attribuisce alla clausola di buona fede come limite all'autonomia privata<sup>11</sup>. Se questo fosse vero, lo strumento che verrebbe dato alla controparte nell'ipotesi in cui l'una oltrepassasse i limiti consentiti dalla buona fede è quello dell'*exceptio doli*<sup>12</sup>, funzionale ad opporsi a tutte quelle pretese che,

---

<sup>11</sup> Sulla funzione della buona fede quale limite all'autonomia privata, ci si è già soffermati in precedenza, in particolare nel cap. V, al quale si rimanda. In materia si ricordano gli interventi di: F. GALGANO, *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 417 ss.; G. GRISI, *L'autonomia privata*, Milano, 1999, p. 155 ss., il quale sottolinea che in conclusione si è pervenuti al riconoscimento della funzione integrativa del contratto che buona fede e correttezza sono ormai sempre più in grado di esplicare; E.M. PIERAZZI, *La giustizia del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 649 ss.; M. BARALDI, *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 501 ss., il quale ritiene che la buona fede oggettiva sia uno strumento di governo della discrezionalità nell'esecuzione del contratto. A giudizio dell'A., infatti, una regolamentazione squilibrata sarebbe frutto di abuso contrario a buona fede. Si v. S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004, p. 145 ss., il quale definisce la buona fede come un limite all'autonomia individuale e come strumento per accentuare la valutazione obiettiva del contratto. Nello stesso senso, A. RICCIO, *L'equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 927 ss.

<sup>12</sup> Sul tema dell'*exceptio doli* si richiama G. MERUZZI, *L'exceptio doli*, Padova, 2005, *passim*; M. ROBLES, *Abuso del diritto e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti, v. II*, a cura di F. Ruscello, Napoli, 2009, p. 334 ss., il quale ripercorre una breve panoramica relativa al ricorso a tale strumento di tutela.

pur essendo astrattamente consentite, si porrebbero in contrasto con i dettami della buona fede<sup>13</sup>.

L'unica altra disposizione che potrebbe essere richiamata in ipotesi di clausole squilibrate dal punto di vista economico è l'art. 7 del d.lgs. n. 231/02 che, in ambito di transazioni commerciali, prevede la nullità dell'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardo del pagamento, che, avuto riguardo alla corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, risulti gravemente iniquo in danno al creditore. L'ambito di applicazione della norma in questione è, come visto, dal punto di vista soggettivo molto ampio, rientrando nella nozione di transazione commerciale ogni contratto concluso tra imprese o tra imprese e P.A che comporti in via esclusiva o prevalente la consegna di merci o la prestazione di servizi verso il corrispettivo di un prezzo: si pensi al contratto di somministrazione, oppure di concessione di vendita. Dal punto di vista oggettivo, però, vengono sanzionati solamente alcuni accordi, ovvero quelli riguardanti la data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardo. Vista la chiara individuazione di quelli che sono i casi regolati dalla norma e la *ratio* alla base della stessa, pare, però, doversi escludere la possibilità di applicare la stessa a casi non regolati. Resta, in ogni caso da rimarcare, come si è già avuto modo di sottolineare, che, anche se il considerando n. 19 della Direttiva afferma che la finalità della disciplina sarebbe quella di evitare che una parte possa abusare della sua posizione di forza contrattuale ai danni dell'altra, con la predisposizione di un regolamento negoziale che preveda la fissazione di un termine di adempimento eccessivamente lungo, o conseguenze particolarmente leggere in caso di ritardo, la norma, non presupponendo alcun accertamento della condizione di debolezza, si rivelerebbe non tanto finalizzata alla tutela di un imprenditore debole, quanto piuttosto ispirata ad un *favor creditoris* nella logica della tutela del buon funzionamento del mercato.

---

<sup>13</sup> In tal senso, C. MIRIELLO, *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 284 ss.

### 3. Clausole svantaggiose da un punto di vista normativo.

L'imprenditore debole può, poi, subire pregiudizio dall'inserimento nel regolamento contrattuale di clausole – come quelle che prevedono la facoltà di recedere solo a favore della parte più forte, oppure che sanciscono decadenze in capo al contraente debole, o che limitino la sua facoltà di opporre eccezioni - che si rivelano fortemente svantaggiose dal punto di vista normativo, realizzando uno squilibrio tra i diritti e gli obblighi derivanti dal contratto.

Chiaramente, parlando di clausole di questo tipo, non può che venire alla mente la previsione di cui all'art. 1341, comma 2, c.c., che prevede l'inefficacia delle clausole ritenute vessatorie che non siano state espressamente approvate per iscritto. Tale disposizione, come sappiamo, trova applicazione solo in presenza di condizioni generali del contratto, predisposte unilateralmente da una delle parti e utilizzate per regolamentare una serie indefinita di rapporti. Di conseguenza, nell'ambito dei contratti tra imprenditori difficilmente potrà trovare applicazione una previsione di questo tipo, dal momento che, salvo i casi di contratto di agenzia e franchising<sup>14</sup>, in cui frequente è il ricorso alle condizioni generali, di regola vengono conclusi a seguito di una trattativa individuale. Inoltre, la tutela offerta dalla disposizione pare ben poca cosa dal momento che la semplice forma scritta non pare possa garantire un adeguato livello di tutela.

Il legislatore pare avere prestato relativamente a dette ipotesi molta più attenzione di quanto abbia fatto in relazione alle ipotesi di squilibrio economico: possiamo infatti rinvenire una pluralità di strumenti, che si rivelano funzionali in tali ipotesi. Per prima cosa analizzeremo le disposizioni che, in certi termini, hanno una portata più generale, andando a sanzionare una pluralità di clausole che realizzano forme di squilibrio normativo, per poi procedere analizzando le disposizioni che mirano a reagire contro singole e specifiche clausole.

---

<sup>14</sup> Si v., Trib. Bari, ord. 8.04.05, in *Danno e responsabilità*, 2005, dove viene affrontato proprio un caso in cui si è applicato l'art. 1341 in materia di franchising.

Anche in questa sede, in primo luogo, non si può che richiamare l'art. 9 della l. n. 193/98, che, come sappiamo si applica anche in caso di predisposizione di clausole svantaggiose da un punto di vista normativo, fermo restando i limiti che incontra la sua applicazione: la situazione di dipendenza economica e che lo squilibrio, realizzato attraverso l'inserimento di clausole svantaggiose dal punto di vista normativo, risulti essere eccessivo.

In questi casi, come abbiamo visto, non è possibile applicare la disciplina relativa alle clausole abusive prevista in materia di contratti con i consumatori, e quindi, degli artt. 33 e ss. del codice del consumo che sanzionano l'inserimento di quelle clausole che, malgrado buona fede, determinano a carico del consumatore un significativo squilibrio di diritti ed obblighi. Lo squilibrio sanzionato consisterebbe proprio in quello normativo, rimanendo invece privo di conseguenze quello economico, così come viene confermato anche dall'art. 34 c. 2, dove si legge che l'indagine sulla vessatorietà non si estende alla determinazione dell'oggetto e all'adeguatezza del corrispettivo di beni e servizi, purché tali elementi siano individuati in modo chiaro e comprensibile<sup>15</sup>. Tale disposizione, in

---

<sup>15</sup> L'art. 33 per agevolare l'interprete fornisce un'elencazione di clausole che si presumono vessatorie tale presunzione non risulta, però, assoluta, ma relativa, potendo il giudice accertare che la clausola non realizza un significativo squilibrio di diritti ed obblighi. La vessatorietà, infatti, deve in ogni caso essere valutata caso per caso, tenendo conto della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo oppure di un altro collegato o da cui dipende.

Si presumono vessatorie fino a prova contraria le clausole che hanno per oggetto, o per effetto, di: a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno<sup>24</sup> alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni o i diritti del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; c) escludere o limitare l'opportunità da parte del consumatore della compensazione di un debito nei confronti del professionista con un credito vantato nei confronti di quest'ultimo; d) prevedere un impegno definitivo del consumatore mentre l'esecuzione della prestazione del professionista è subordinata ad una condizione il cui adempimento dipende unicamente dalla sua volontà; e) consentire al professionista di trattenere una somma di denaro versata dal consumatore se quest'ultimo non conclude il contratto o recede; da esso, senza prevedere il diritto del consumatore di esigere dal professionista il doppio della somma corrisposta se è quest'ultimo a non concludere il contratto oppure a recedere; f) imporre al consumatore, in caso di inadempimento o di ritardo nell'adempimento, il pagamento di una somma di denaro a titolo di risarcimento, clausola penale o altro titolo equivalente d'importo manifestamente eccessivo; g) riconoscere al solo professionista e non anche al consumatore la facoltà di recedere dal contratto, nonché consentire al professionista di trattenere anche solo in parte la somma versata dal

ogni caso, presenterebbe il limite di escludere l'indagine della vessatorietà in relazione alle clausole che siano state oggetto di trattativa, salvo che si tratti delle clausole espressamente menzionate dall'art. 36, c. 2<sup>16</sup>.

Non resta che cercare disposizioni che possano prestare una tutela maggiore agli imprenditori deboli, a tal fine, di sicuro interesse risulta essere un'altra norma collocata nell'ambito della legge sulla subfornitura, ovvero l'art. 6 della l. n. 192/98.

La disposizione di cui all'art. 6, come abbiamo visto, operando a priori, vieta l'inserimento di determinate clausole contrattuali, quali quelle che prevedono in capo ad una parte soltanto la facoltà di modificare

---

consumatore a titolo di corrispettivo per prestazioni non ancora adempiute, quando sia il professionista a recedere dal contratto; h) consentire al professionista di recedere da contratti a tempo indeterminato senza un ragionevole preavviso, tranne nel caso di giusta causa; i) stabilire un termine eccessivamente anticipato rispetto alla scadenza del contratto per comunicare la disdetta al fine di evitare la tacita proroga o rinnovazione; l) prevedere l'estensione dell'adesione del consumatore a clausole che non ha avuto la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto; m) consentire al professionista di modificare unilateralmente le clausole del contratto, ovvero le caratteristiche del prodotto o del servizio da fornire, senza un giustificato motivo indicato nel contratto stesso; n) stabilire che il prezzo dei beni o dei servizi sia determinato al momento della consegna o della prestazione; o) consentire al professionista di aumentare il prezzo del bene o del servizio senza che il consumatore possa recedere se il prezzo finale è eccessivamente elevato rispetto a quello originariamente convenuto; p) riservare al professionista il potere di accertare la conformità del bene venduto o del servizio prestato a quello previsto nel contratto o conferirgli il diritto esclusivo d'interpretare una clausola qualsiasi del contratto; q) limitare la responsabilità del professionista rispetto alle obbligazioni derivanti dai contratti stipulati in suo nome dai mandatarî o subordinare l'adempimento delle suddette obbligazioni al rispetto di particolari formalità; r) limitare o escludere l'opponibilità dell'eccezione d'inadempimento da parte del consumatore; s) consentire al professionista di sostituire a sé un terzo nei rapporti derivanti dal contratto, anche nel caso di preventivo consenso del consumatore, qualora risulti diminuita la tutela dei diritti di quest'ultimo; t) sancire a carico del consumatore decadenze, limitazioni della facoltà di opporre eccezioni, deroghe alla competenza dell'autorità giudiziaria, limitazioni all'adduzione di prove, inversioni o modificazioni dell'onere della prova, restrizioni alla libertà contrattuale nei rapporti con i terzi; u) stabilire come sede del foro competente sulle controversie località diversa da quella di residenza o domicilio elettivo del consumatore; v) prevedere l'alienazione di un diritto o l'assunzione di un obbligo come subordinati ad una condizione sospensiva dipendente dalla mera volontà del professionista a fronte di un'obbligazione immediatamente efficace del consumatore. È fatto salvo il disposto dell'articolo 1355 del codice civile.

<sup>16</sup> Sono nulle le clausole che, quantunque oggetto di trattativa, abbiano per oggetto o per effetto di: a) escludere o limitare la responsabilità del professionista in caso di morte o danno alla persona del consumatore, risultante da un fatto o da un'omissione del professionista; b) escludere o limitare le azioni del consumatore nei confronti del professionista o di un'altra parte in caso di inadempimento totale o parziale o di adempimento inesatto da parte del professionista; c) prevedere l'adesione del consumatore come estesa a clausole che non ha avuto, di fatto, la possibilità di conoscere prima della conclusione del contratto.

unilateralmente una o più clausole del contratto, il divieto dello *ius variandi*, che attribuiscono ad una delle parti, in caso di contratto ad esecuzione continuata o periodica, la facoltà di recesso senza congruo preavviso, e, infine, quelle tramite le quali il subfornitore disponga, a favore del committente e senza congruo corrispettivo, di diritti di privativa industriale o intellettuale, e non a posteriori come la disposizione sulla dipendenza economica.

Tale disposizione, come si diceva, risulta di sicuro interesse per il fatto che tali clausole sono sempre considerate nulle, non essendo rimessa alcuna valutazione in capo al giudice, e indipendentemente dal fatto che siano state oggetto di trattativa, diversamente da quanto avviene in relazione alle clausole vessatorie di cui all'art. 33 c.cons.

La norma va a sanzionare delle situazioni che ben potrebbero essere fatte rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 9, ma, a differenza di quest'ultima disposizione, l'art. 6 non richiede l'accertamento di una condizione di dipendenza economica, questo, potendo così essere utilizzato anche in quei casi in cui la disparità di potere non arrivi alla soglia, per la verità piuttosto accentuata di debolezza - se così si può dire - che giustifica l'applicazione dell'art. 9. Si verrebbero, in questo modo, a delineare diverse linee di intervento a seconda di quella che è la disparità, e la correlata debolezza delle parti in gioco: di fronte a situazioni di minore disparità il legislatore interverrebbe con l'art. 6, solo per sanzionare l'inserimento di singole clausole determinate, reputate particolarmente gravose; diversamente in presenza di una situazione di maggiore disparità, quale quella che può essere qualificata come dipendenza economica, viene prevista una tutela più ampia, andando a sanzionare non delle clausole determinate e specifiche, ma tutte quelle clausole che realizzino in concreto un'imposizione di condizioni contrattuali ingiustificatamente gravose o discriminatorie.

Non resta che ragionare in ordine alla possibilità di ricorrere a tale disposizione anche al di fuori dei rapporti di subfornitura: in questo caso, riferendosi la norma espressamente al subfornitore e al committente, non resta che valutare l'ammissibilità del ricorso all'analogia. Anche in questo

caso, in primo luogo dobbiamo escludere che il ricorso a tale strumento possa venire escluso dalla natura eccezionale della disposizione, stante il fatto che, così come si è detto in relazione all'art. 9, le disposizioni che prevedono limiti alla libertà di determinare il contenuto del contratto, non possono più essere considerati eccezionali: simili previsioni, ormai molto frequenti, rappresentano indici di una lenta trasformazione del diritto dei contratti e del modo di intendere i principi cardine che lo governano, in primis l'autonomia privata, che assume un nuovo significato alla luce dei principi di solidarietà ed uguaglianza.

La norma richiamata potrebbe trovare applicazione tutte le volte in cui le clausole in questione vengano previste in relazione ad un contraente che, pur non trovandosi in una condizione di dipendenza economica, si trovi in una condizione di debolezza paragonabile a quella del subfornitore, solo così verrebbe, infatti, rispettata la *ratio* della previsione<sup>17</sup>. Il subfornitore risulta essere in una posizione di minore forza contrattuale rispetto al committente, perché non ha mercato, svolgendo delle prestazioni destinate ad integrarsi in un determinato procedimento produttivo, e, di conseguenza, di regola, dispone di un minor potere contrattuale rispetto al committente, indipendentemente dal suo apporto dal punto di vista tecnologico. Il fatto di non avere mercato implica che il subfornitore, laddove dovesse interrompere i rapporti contrattuali con il committente, potrebbe subire forti pregiudizi dovuti dalla necessità di riconvertirsi per poter svolgere una prestazione che possa avere mercato, inteso come una pluralità di utilizzatori, finali o intermedi.

Il franchisee, a ben vedere, non si trova in una situazione molto differente, dal momento che la fine dei rapporti contrattuali con il franchisor, gli imporrebbe sicuramente di riconvertire, in un certo senso, la sua attività, stante il fatto che i fruitori dei beni e dei servizi offerti dal franchisee si rivolgevano allo stesso, per ottenere i beni e i servizi del

---

<sup>17</sup> Si deve ricordare che nel cap. II si è evidenziato che il subfornitore non è sempre un soggetto debole, potendo al contrario rivestire la posizione di parte forte del rapporto contrattuale. La legge n. 192/98 tuttavia non trova applicazione in relazione alla subfornitura tout court, ma solamente in quelle ipotesi in cui vi sia tale differente potere contrattuale, diversamente non verrebbe rispettata la ratio di protezione alla base della stessa.

franchisor e perché identificavano nel franchisee l'immagine del franchisor. Ma nella medesima condizione si potrebbe trovare anche il concessionario, nel caso in cui venga stipulato un contratto di concessione di vendita con clausola di esclusiva, oppure la parte più debole di un contratto di somministrazione.

#### **4. Analisi delle singole clausole vietate:**

**a) patto che attribuisce ad una delle parti, in caso di contratto ad esecuzione continuata o periodica, la facoltà di recesso senza congruo preavviso.**

L'art. 6 prevede, in primo luogo, la nullità della clausola con la quale venga attribuita ad una delle parti, in caso di contratto ad esecuzione continuata o periodica, la facoltà di recesso senza congruo preavviso.

Quindi si sanziona sia la clausola con la quale venga prevista la facoltà della parte di recedere *ad nutum*, sia quella di recedere con un preavviso non reputato congruo. Tale previsione si presta a poter essere utilizzata in moltissime ipotesi, andando a sanzionare clausole piuttosto ricorrenti e che possono risultare fortemente pregiudizievoli per l'imprenditore debole, stante il fatto che la previsione di un termine di preavviso congruo in caso di recesso della parte forte si rivela essenziale affinché la parte più debole possa riorganizzarsi e trovare nuove controparti contrattuali. Inoltre, non prevedendo l'art. 6 alcuna specificazione, deve ritenersi che la stessa possa applicarsi sia in relazione ai contratti a tempo indeterminato, sia a quelli a tempo determinato, che risultano, per la verità, quelli più frequenti nell'ambito dei rapporti tra imprese.

Come sappiamo, il recesso, che, nel caso di contratti di durata ad esecuzione continuativa o periodica, come quelli che noi stiamo analizzando, si configura come potere di interrompere il rapporto, viene regolato da alcune norme speciali dettate in relazione ai singoli contratti: l'art. 1750 c.c., in materia di contratto di agenzia, che sancisce che, nel caso di contratto a tempo indeterminato, il recesso deve necessariamente essere comunicato in un termine determinato, e cioè, come specifica il



comma 3 della norma in questione deve essere preceduto da un preavviso che è differente a seconda della durata che ha avuto il contratto. Il preavviso si rivela di particolare importanza anche in relazione a tale fattispecie contrattuale, dal momento che il contratto di agenzia è caratterizzato da un rapporto di fiducia, e, almeno di regola, prevede una clausola di esclusiva. Inoltre, al fine di tutelare l'agente, viene previsto che, pur potendo essere stabiliti termini di preavviso maggiori, non può essere previsto a favore del preponente un termine di preavviso inferiore a quello dell'agente.

Le parti potrebbero recedere senza preavviso in caso di contratto a tempo indeterminato e prima del termine, nel caso di contratto a tempo determinato, solo se in presenza di una giusta causa, ovvero di una causa che non consenta la prosecuzione del rapporto, in virtù dell'applicazione a tali rapporti dell'art. 2119 c.c., dettato in materia di rapporto di lavoro subordinato. Il preponente potrebbe poi decidere di recedere senza preavviso anche in mancanza di una giusta causa, pagando, però, un'indennità all'agente<sup>18</sup>. Resta però da considerare che la disciplina in questione viene reputata derogabile dalle parti, di conseguenza le parti potrebbero anche accordarsi per escludere la necessità del preavviso<sup>19</sup>.

Altra disposizione che si occupa della questione la rinveniamo in relazione al contratto di somministrazione, fattispecie contrattuale, tramite

---

<sup>18</sup> Trib. Salerno, 15.04.09, afferma che: "Il recesso è istituito riconosciuto e disciplinato dalla legge, in particolare per i rapporti a tempo indeterminato, essendo consentito alle parti di uscire dal contratto, verosimilmente venuta meno la reciproca fiducia, sia con recesso "ad nutum" e pagamento della indennità sostitutiva del mancato preavviso, sia con recesso motivato. In entrambi i casi il recesso è valido, la disciplina del recesso per il contratto di agenzia trova fondamento normativo nell'art. 1750 c.c., e nell'Accordo Nazionale degli Agenti del 28 luglio 1994. La previsione del recesso "ad nutum" con eventuale specificazione, non necessaria dei motivi dello stesso, rientra tra le facoltà delle parti, prevista per legge, facoltà che non può dirsi compromessa dalla necessità di ciascuna parte, nella esecuzione del contratto e dei reciproci obblighi, del rispetto delle regole della buone fede e della correttezza, essendo il recesso riferito ad un momento diverso, cioè quello della cessazione del rapporto, che può venir meno anche senza uno specifico motivo, salvo la tutela del preavviso, o della indennità sostitutiva".

<sup>19</sup> Cass. civ., 6.11.00, n. 14436, in *Contratti*, 2001, p. 269, dove si legge che: "Nell'ambito del rapporto di agenzia, all'autonomia delle parti è dato di derogare convenzionalmente alla disciplina legale del recesso, anche riguardo al preavviso, come può avvenire in generale per i rapporti contrattuali a durata indeterminata (escluso il rapporto di lavoro subordinato, ex art. 2118 c.c.); pertanto, può anche essere contrattualmente ridotta la durata del preavviso fino, al limite, ad escluderne la necessità".

la quale si realizzano forme di cooperazione, nell'ambito delle quali, soprattutto laddove venga prevista una clausola di esclusiva, possono realizzarsi fenomeni di soggezione di una parte nei confronti dell'altra<sup>20</sup>.

Può essere interessante richiamare tale contratto dal momento che, pur non essendo specificatamente destinato a regolare i rapporti tra imprese, di frequente trova il suo impiego proprio in questo ambito, venendo così considerato un tipico contratto tra imprenditori. In questa sede troviamo una disposizione relativa al recesso, l'art. 1569 c.c., che, prevede che se il contratto è a tempo indeterminato, ciascuna delle parti può recedere, dando preavviso nel termine pattuito o in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione<sup>21</sup>.

La norma non pare introdurre sostanziali novità rispetto a quella che è la disciplina generale dettata dall'art. 1373 c.c., rispettando quello che è il principio generale che ispira i contratti di durata a tempo indeterminato ovvero quello del recesso previo preavviso. Per quanto attiene ai contratti a tempo determinando, non intervenendo la norma, si deve ritenere che debba trovare applicazione la disciplina generale alla luce della quale le parti sono libere di convenire la previsione della facoltà di recedere e i termini e le modalità dell'esercizio di tale diritto<sup>22</sup>: di conseguenza, le parti

---

<sup>20</sup> In tal senso, G. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970, p. 89.

<sup>21</sup> Trib. Brescia, 11.12.03, in *Mass. Trib. Brescia*, 2004, afferma che l'art. 1569 c.c. prevede che se "la durata della somministrazione non è stabilita ciascuna delle parti può recedere dal contratto, dando preavviso nel termine pattuito e in quello stabilito dagli usi o, in mancanza, in un termine congruo avuto riguardo alla natura della somministrazione". Di fatto non viene quindi stabilito un termine minimo di preavviso di recesso. Ciò non equivale, peraltro, a dire che può anche non esserci preavviso e che la libertà di recedere, in difetto di pattuizione di un termine, incontra il solo limite del rispetto del principio di buona fede. La necessità del preavviso è infatti stabilita dalla legge, che rimette al vaglio giudiziale unicamente la valutazione della sua congruità. Il giudice poi prosegue e sottolinea che il diritto di recesso tutela l'interesse obiettivo della parte all'interruzione del rapporto contrattuale nei contratti di durata, e l'esercizio del diritto è rimesso all'autonoma decisione del titolare, salvo il limite generale del principio di buona fede. In determinati contratti tipici è la legge che fissa il termine minimo di preavviso di recesso.

<sup>22</sup> Va sottolineato che in questi casi il termine si considera determinabile anche per relationem e quindi, ad esempio, quando si determina la quantità di merce da fornire, il termine deve considerarsi insito nell'esaurimento della fornitura. In tal senso, Cass., 17.11.83, n. 6864, in *Mass. Giur. It.*, 1983, dove si legge che "Il contratto di somministrazione, nel quale sia predeterminata la quantità di merce da fornire, non può essere considerato a tempo indeterminato con facoltà delle parti di recedere ad nutum

potrebbero anche convenire la possibilità di recedere a favore anche di una parte soltanto e anche senza preavviso.

La disposizione non pare però fornire una tutela adeguata: in relazione ai contratti a tempo indeterminato, trattandosi di una disposizione derogabile, le parti potrebbero accordarsi per escludere l'obbligo di dover fornire un preavviso, oppure per prevedere un tale onere solo in capo ad una delle parti; in secondo luogo, viene, in primis, data la possibilità alle parti di determinare il termine di preavviso che deve essere rispettato per poter recedere. Di conseguenza, queste ultime potrebbero anche convenire termini molto brevi, che, in concreto, potrebbero rivelarsi più sfavorevoli per una parte che per l'altra, perché, ad esempio, le condizioni del mercato non lo facilitano nel trovare nuove controparti commerciali<sup>23</sup>. Simili accordi potrebbero risultare piuttosto pregiudizievoli, laddove fosse prevista una clausola di esclusiva a favore di una o di entrambe le parti<sup>24</sup>, rendendo ancora più difficile per la parte riorganizzare la propria attività.

L'unico limite alla libertà di determinazione delle parti potrebbe essere il richiamo al principio di buona fede nell'esecuzione del contratto di cui all'art. 1375 c.c., potendo la previsione della facoltà di recedere senza prestare alcun preavviso e in assenza di una giusta causa infatti integrare un'ipotesi di violazione di questa clausola generale. La situazione risulta, poi, particolarmente grave nel caso di contratti a tempo determinato, dal momento che l'assenza di qualsivoglia previsione porterebbe a concludere

---

(art. 1569 c. c.), potendo il termine di durata, che è determinabile anche per relationem, considerarsi insito nell'esaurimento della fornitura per la quantità predeterminata”.

<sup>23</sup> È vero che nel caso della somministrazione l'art. 1570 c.c. consente di applicare alla somministrazione, in quanto compatibili con le disposizioni che precedono, anche le regole che disciplinano il contratto a cui corrispondono le singole prestazioni – come, ad esempio, quelle della vendita – ma non sembra che neppure in questo modo la parte più debole possa ricevere tutela.

<sup>24</sup> G. COTTINO, *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, cit., p. 184, sottolinea che seppur in astratto si prevede che tale clausola possa essere prevista a favore di entrambi, realizzando in questo modo una condizione di parità, nell'interesse anche del somministrato, in realtà può realizzare in concreto una situazione di sudditanza di un'impresa soprattutto se legata ad altre clausole, legate ai prezzi, alle zone e alle modalità. In alcuni casi, potrebbe anche essere il somministrante in una condizione di debolezza, potendo rifornire esclusivamente un soggetto e dovendo quindi dipendere dall'iniziativa altrui.

che le parti siano libere di convenire di consentire la possibilità di recedere in capo ad una parte soltanto e anche senza preavviso<sup>25</sup>.

Il recesso non viene, invece, disciplinato relativamente al contratto di franchising, limitandosi le norme a richiedere che il contratto abbia una durata minima di tre anni. Di conseguenza, pur potendosi ricavare in modo implicito che il franchisor non possa recedere prima di tale data, salvo giusta causa, si deve concludere che il franchisee risulta sprovvisto di tutela di fronte alla possibilità di convenire in capo al franchisor la facoltà di recedere *ad nutum*, una volta decorsa la durata di tre anni, cosa che in questi casi si potrebbe presentare come fortemente lesiva.

In tutti i casi analizzati, specie in riferimento ai contratti a tempo determinato, che sono quelli più frequenti nell'ambito dei contratti tra imprenditori, dobbiamo concludere che ci sono delle lacune di tutela, pur in presenza di un'espressa regolamentazione del fenomeno del recesso e che neppure tramite il ricorso alla clausola generale di buona fede pare che possa essere garantita protezione all'imprenditore debole.

A tal fine potrebbe essere opportuno applicare l'art.6 dal momento che il richiamo di questa disposizione consentirebbe di offrire livelli di tutela maggiori, trattandosi innanzitutto di una norma imperativa che non può essere derogata neppure con il consenso delle parti.

L'esigenza di evitare che il contraente debole, che abbia uniformato la propria produzione, o comunque la propria attività alle esigenze della controparte, si veda fortemente danneggiata da un recesso *ad nutum* o comunque da un recesso senza congruo preavviso, non può ritenersi, infatti, solo propria dei rapporti di subfornitura, essendo comune anche ad altri rapporti caratterizzati da imprenditori in posizione di debolezza che si trovano spesso ad operare in regime di esclusiva: si pensi al contratto di agenzia, ma anche alla concessione di vendita, alla somministrazione, per

---

<sup>25</sup> Cass., 20.10.05, n. 20265, in *I Contr.*, 2006, p. 385, dove si legge che: "In tema di rapporto di agenzia, l'istituto del preavviso riguarda unicamente il recesso dal contratto di agenzia a tempo indeterminato, e non può essere esteso al contratto di agenzia a tempo determinato, ancorché, in mancanza di allegazione e prova della loro simulazione, si siano succeduti, senza soluzione di continuità, più contratti a termine (Nella specie la S.C. , nel confermare la decisione di merito, ha respinto le censure del ricorrente secondo cui il preavviso andava comunque commisurato alla durata del rapporto, comprensivo della serie di contratti a tempo determinato pregressi)".

non parlare del franchising. Tali soggetti infatti si vengono a trovare in una situazione di debolezza che non è differente da quella del subfornitore, - spesso in entrambi i casi devono anche essere sostenuti degli investimenti iniziali – ma anzi, forse nel caso del franchising siamo di fronte ad un soggetto che si trova in una posizione di maggiore debolezza contrattuale per il fatto che in certi termini il franchisee non solo si uniforma alle direttive che vengono imposte dal franchisor, ma perde addirittura un'identità propria agli occhi dei terzi.

In questo modo si dovrebbe concludere che neppure in caso di franchising sarebbe possibile convenire la possibilità di recedere ad nutum oppure di recedere con un preavviso non adeguato alle esigenze di riorganizzazione della parte debole<sup>26</sup>.

Legato al discorso del recesso è quello della durata minima del contratto, sia esso a tempo determinato o indeterminato: come sappiamo solamente la legge sul franchising interviene espressamente sul punto, prevedendo che il contratto debba avere una durata minima di tre anni, al fine di consentire al franchisee di ammortizzare gli investimenti effettuati. La medesima esigenza si può rinvenire anche nell'ambito di altri contratti, come ad esempio quello di subfornitura, nel caso in cui il rapporto sia in esclusiva e per poter svolgere la sua prestazione la parte debba sopportare pesanti investimenti.

In questi casi, non si vedrebbe alcuna ragione per escludere la possibilità di applicare analogicamente le norme del franchising alle altre diverse fattispecie contrattuali nella logica della reciproca integrazione tra le disposizioni dettate per regolare i diversi contratti tipici.

---

<sup>26</sup> Discorso che forse potrebbe parere inutile se si considera che come abbiamo detto la giurisprudenza maggioritaria ritiene in modo ormai unanime che l'art. 9 sulla dipendenza economica possa trovare applicazione anche in caso di franchising, nondimeno, pare doversi confutare la superfluità di una simile congettura posto che l'art. 9, come abbiamo detto, presuppone l'esistenza di presupposti ben più stringenti dell'art. 6, e inoltre opera solo a posteriori.

**b) patto che riservi ad una parte la facoltà di modificare unilateralmente le clausole del contratto.**

In secondo luogo l'art. 6 prevede la nullità del il patto tra subfornitore e committente che riservi ad uno di essi la facoltà di modificare unilateralmente una o più clausole del contratto di subfornitura.

Disposizione questa, che, pur limitandosi a richiamare un principio generale espresso nell'art. 1372 c.c., si rivela sicuramente opportuna, risultando, a differenza della norma richiamata, inderogabile.

L'art. 6 non pone un divieto assoluto alla possibilità di apportare delle modifiche unilaterali al contenuto del contratto, ritenendo validi gli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura.

La norma ci consente di richiamare, seppur molto brevemente, la questione relativa alla validità delle clausole che consentano ad una delle parti di modificare unilateralmente il contenuto del contratto<sup>27</sup>. Il codice civile non fa riferimento alla possibilità di rimettere ad una delle parti il potere di determinare unilateralmente alcuni elementi del contenuto del contratto – limitandosi a indicare la possibilità in capo alle parti di rimettere ad un terzo la determinazione dell'oggetto del contratto – né si pronuncia espressamente sull'ammissibilità del riconoscimento dello *ius variandi* in capo ad una delle parti<sup>28</sup>.

---

<sup>27</sup> Sul punto si rimanda a A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto; arbitraggio; ius variandi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, p. 346 ss., E. GABRIELLI, *L'oggetto del contratto*, in *Il Codice civile commentario*, diretto a P. Schlesinger, Milano, 2001, p. 103 ss.; F. COLUZZI, *Sub. Art. 1469 bis, comma 3, n. 11*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997, p. 301 ss., sottolinea che in dottrina in passato vi erano forti contrasti in ordine all'ammissibilità di simili clausole.

<sup>28</sup> Va rilevato che la tematica in questione è stata oggetto di attenzione quasi esclusivamente in relazione alla disciplina dei contratti bancari e in materia di diritto del lavoro, in relazione al potere del datore di lavoro di mutare le mansioni del lavoratore. Si deve rilevare che in ambito di contratti bancari, l'art. 118 del D. Lgs. n. 118 dell'1.9.93 (concernente la modifica unilaterale delle condizioni contrattuali), d'altra parte, prevede quanto segue: "1. Se nei contratti di durata è convenuta la facoltà di modificare unilateralmente i tassi, i prezzi e le altre condizioni, le variazioni sfavorevoli sono comunicate al cliente nei modi e nei termini stabiliti dal CICR. 2. Le variazioni contrattuali per le quali non siano state osservate le prescrizioni del presente articolo sono inefficaci. 3. Entro quindici giorni dal ricevimento della comunicazione

La dottrina e la giurisprudenza in passato individuavano due ostacoli allo *ius variandi*: in primis, si sottolineava che risultando il contratto espressione di una volontà bilaterale, anche le modifiche allo stesso dovessero risultare espressione di un nuovo accordo tra le parti.

Nondimeno, l'evoluzione del modo di intendere l'accordo ha, in certi termini, comportato un possibile superamento di questa prima obiezione<sup>29</sup>.

In secondo luogo, sulla base del fatto che l'art. 1346 c.c. richiede che l'oggetto del contratto sia determinato o almeno determinabile, si afferma che una clausola di questo tipo renderebbe indeterminabile l'oggetto del contratto, e, di conseguenza, mancando un elemento essenziale, il contratto sarebbe nullo<sup>30</sup>.

In relazione a questo secondo aspetto, si deve però registrare una lenta evoluzione nell'ambito di dottrina e giurisprudenza che ha portato a ritenere determinabile l'oggetto del contratto anche nel caso in cui la

---

scritta, ovvero dall'effettuazione di altre forme di comunicazione attuate ai sensi del comma 1, il cliente ha diritto di recedere dal contratto senza penalità e di ottenere, in sede di liquidazione del rapporto, l'applicazione delle condizioni precedentemente praticate".

<sup>29</sup> A. SCARPELLO, *Determinazione dell'oggetto; arbitraggio; ius variandi*, cit., p. 350, secondo il quale a favore della compatibilità della modificazione unilaterale con il principio del consenso bilaterale sembra giocare il modo in cui si è evoluta l'idea di accordo nella nostra tradizione giuridica. L'abbandono della vecchia formula dell'accordo come fusione tra due volontà reali e l'affermarsi di una dimensione sociale dell'atto si è riflessa anche nella valutazione del contenuto minimo necessario del contratto. Del resto, il principio di conservazione e l'esigenza di speditezza degli affari, che trovano ampio riscontro nella disciplina del codice hanno favorito l'affermarsi del principio secondo cui il contratto è concluso anche se non è stata raggiunta l'intesa su tutti i punti, ed in particolare se l'oggetto non è ancora determinato ma solo determinabile. La stessa giurisprudenza dal canto suo, dopo una sofferta evoluzione, non scevra da contraddizioni ed incidenti di percorso, ha definitivamente superato il vecchio orientamento in base al quale la conclusione del contratto si raggiunge solo con l'accordo su tutti gli aspetti, essenziali e non, del contratto (v., a titolo esemplificativo, part. Cass., 6.6.83, n. 3856, in *Riv. dir. comm.*, 1984, 187).

<sup>30</sup> Cass., 8.11.97, n. 11003, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, p. 345 ss. dove si legge che "È nulla – per indeterminatezza dell'oggetto (ex artt. 1346 e 1418 cod. civ.) – la clausola di un contratto di agenzia che preveda che il preponente possa unilateralmente, con il solo onere del preavviso, modificare le tariffe provvigionali, salva la facoltà di recesso dell'agente in caso di mancata accettazione di tale modifica dell'originaria pattuizione negoziale, dovendo escludersi che la determinazione di un elemento essenziale del contratto (quale la controprestazione dell'attività dell'agente, costituita dalle provvigioni) sia rimessa al mero arbitrio del preponente, senza che possa in tale evenienza supplire (in via analogica) il disposto dell'art. 2225 cod. civ., che, con riferimento al rapporto di lavoro autonomo, prevede criteri suppletivi di quantificazione del corrispettivo, ove non determinato dalle parti". Nello stesso senso, Cass., 28.1.1975, n. 339, in *Arch. resp. civ.*, 1975, 363; Cass., sez. un., 13.3.1972, n. 728, in *Mass. Giust. civ.*, 1972; App. Firenze, 6.2.1969, in *Giur. merito*, 1969, p. 201.

determinazione dello stesso fosse stata rimessa all'equo apprezzamento della parte<sup>31</sup>, mentre indeterminato se rimesso al suo mero apprezzamento.

Di conseguenza, una clausola di questo tipo, alla luce di detta impostazione, può essere reputata valida solo se sussistono i criteri ed i limiti di variabilità; diversamente, laddove la parte possa modificare a suo piacimento il livello globale delle provvigioni, la clausola dovrebbe essere ritenuta invalida.

A sostegno dell'ammissibilità di simili clausole possono essere richiamati i Principi di diritto europeo dei contratti, che implicitamente consentono la possibilità di attribuire ad una delle parti lo *ius variandi*, affermando, all'art. 6:105, rubricato "Determinazione unilaterale", che "quando il prezzo o altra clausola del contratto deve essere determinata da una parte e la determinazione della parte è manifestamente iniqua, nonostante qualsiasi previsione in contrario, sarà adottato in sostituzione un prezzo equo o una clausola alternativa". Nello stesso senso ci porta la disciplina dei contratti con i consumatori, che richiama tra le clausole che si presumono vessatorie quella tramite la quale una delle parti si riserva la facoltà di modificare unilateralmente, e senza giustificato motivo, il contenuto del contratto. A contrario, si comprende che in linea generale simili clausole dovrebbero essere consentite, altrimenti la previsione si rivelerebbe pleonastica; in secondo luogo, la disposizione non vieta in assoluto la possibilità di attribuire alla parti il potere di effettuare modifiche unilateralmente, ma solo quello di farlo senza giustificato motivo<sup>32</sup>. Inoltre, tenendo conto del fatto che la vessatorietà viene esclusa laddove la clausole sia stata oggetto di trattativa individuale, si dovrebbe concludere che anche nell'ambito dei contratti dei consumatori tali clausole potrebbero essere valide se fatte oggetto di trattativa.

---

<sup>31</sup> In dottrina in tal senso, C.M. BIANCA, *Diritto civile, Il contratto*, cit., p. 324.

<sup>32</sup> Laddove alla base delle modifiche vi siano delle ragioni, circostanze concrete e oggettive che giustifichino l'esigenza di modificare la regolamentazione negoziale. Sulla nozione di giustificato motivo, si rimanda a F. COLUZZI, *Sub. Art. 1469 bis, comma 3, n. 11*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit., p. 313.



Si deve così concludere che in astratto tali clausole devono ritenersi lecite<sup>33</sup>, soluzione questa che per certi versi parrebbe conforme all'autonomia privata<sup>34</sup>.

Si deve, inoltre, considerare che in determinate fattispecie, soprattutto se si tratta di contratti destinati ad avere esecuzione nel tempo, la possibilità di apportare delle modifiche si rivela di notevole importanza; non a caso, in alcuni casi, il legislatore è intervenuto espressamente per attribuire alle parti, in presenza di determinati presupposti, la facoltà di apportare unilateralmente variazioni in corso d'opera<sup>35</sup>: la legge sulla subfornitura prevede all'art. 3, comma 5, che, se il committente apporta significative modifiche e varianti che importino un aumento dei costi, nel corso dell'esecuzione del contratto, al fine di adeguare la produzione alla domanda proveniente dal mercato, adeguamento del prezzo, anche se non esplicitamente previsto dal contratto. Chiaramente la possibilità di effettuare modifiche in questo caso viene subordinata al consenso del subfornitore, stante il divieto di cui all'art. 6, che permette unicamente quegli accordi contrattuali che consentano al committente di precisare, con preavviso ed entro termini e limiti contrattualmente prefissati, le quantità da produrre ed i tempi di esecuzione della fornitura.

Diversamente, l'art. 1661 c.c., dettato in tema di appalto, prevede che il committente possa apportare variazioni, indipendentemente dal consenso dell'appaltatore, purché il loro valore non superi il sesto del prezzo complessivo convenuto e, ai sensi del comma 2, purché non importino notevoli modificazioni della natura dell'opera o dei quantitativi delle singole categorie di lavori previste nel contratto per l'esecuzione dell'opera medesima. Tale disposizione per certi versi consente una minor

---

<sup>33</sup> In tal senso, R. SACCO, *Il contenuto*, in *Obbligazioni e contratti*, t. II, in *Trattato di diritto privato*, Torino, 2002, p. 421. Tra gli altri, in tal senso, M. LO FIEGO, *Sub. Art. 1469 bis comma 3*, in *Materiali e commenti del nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 58, la quale sottolinea che l'ammissibilità di simili clausole rinviene un primo riconoscimento nella disciplina relativa alle obbligazioni alternative, che si caratterizzano per il loro contenuto parzialmente indeterminato ma determinabile.

<sup>34</sup> In ogni caso, F. COLUZZI, *Sub. Art. 1469 bis, comma 3, n. 11*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, cit., p. 309, sottolinea che l'esercizio di un simile potere deve comunque essere giustificato dalla presenza di una iusta causa.

<sup>35</sup> Oltre agli esempi che vengono fatti nel testo se ne possono richiamare molti altri: basti pensare l'art. 1770 c.c. in tema di contratto di deposito, oppure l'art. 1711 c.c., in tema di mandato; oppure l'art. 1685 c.c. in tema di contratto di trasporto.

tutela dell'appaltatore, stante il fatto che non viene richiesto il suo consenso, ma a differenza dell'art. 3 comma 5 che prevede il diritto ad un adeguamento del prezzo solo a fronte di significative modifiche, stabilisce tale diritto verso qualsivoglia modifica<sup>36</sup>.

Diverso è il caso del contratto di somministrazione, dove all'art. 1560 c.c. prevede che se le parti, invece, hanno stabilito soltanto il limite massimo e quello minimo per l'intera somministrazione o per le singole prestazioni, viene attribuito all'avente diritto alla somministrazione di stabilire, entro i limiti suddetti, il quantitativo dovuto. In questo caso non si può parlare di possibilità di modifica unilaterale del contenuto del contratto, dal momento che l'avente diritto ha la facoltà di determinare l'entità solamente entro limiti che vengono predeterminati, oppure in base a criteri fissati dalle parti.

Resta quindi da chiedersi se sia legittimo in questi casi un patto che attribuisca a una delle parti di poter apportare modifiche al contratto nel corso dell'opera, ad esempio variando la quantità senza la previsione di limiti, oppure variando le modalità di esecuzione, i termini di adempimento nel caso di somministrazione ad esecuzione periodica.

Ci si deve a questo punto interrogare sulla sorte dei contratti in cui non viene prevista alcuna disciplina specifica in tema di modifiche unilaterali: sicuramente limiti generali all'esercizio di tale diritto possono essere rinvenuti nella clausola di buona fede e, secondo alcuni, nell'art. 1355 c.c. – norma che sanziona un'ipotesi di un'assunzione non seria di un impegno negoziale – alla luce delle quali la possibilità di modifica unilaterale delle condizioni del contratto non deve essere esercitata in modo abusivo, e in modo da pregiudicare ingiustificatamente l'interesse della controparte<sup>37</sup>.

---

<sup>36</sup> Discorso differente è quello della variazione dei costi dovuta a circostanze differenti rispetto alle modifiche imposte da una delle parti: in questo caso si deve rilevare che mancando nell'ambito della subfornitura una disposizione che regoli il fenomeno e subfornitura si applichi a fattispecie riconducibili al contratto tipico appalto, ma anche alle altre ipotesi in via analogica, risultando così possibile per quest'ultimo chiedere una revisione del prezzo quando per effetto di circostanze imprevedibili si siano verificati aumenti nei costi dei materiali o della manodopera tali da incidere per più di un decimo in aumento sul prezzo. In tal senso, A. BERTOLOTI, *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000, p. 91.

<sup>37</sup> In tal senso. M. LO FIEGO, *Sub. Art.1469 bis comma 3*, cit., p. 59.

Nondimeno, in tutti questi casi la tutela più ampia può sicuramente essere realizzata richiamando l'art. 6 della legge sulla subfornitura, laddove possibile il ricorso all'analogia, dal momento che in questo modo si eviterebbe a priori la possibilità dell'inserimento stesso di una simile clausole, salvo che in relazione a quelle modifiche, diciamo, di elementi di minore importanza, evitando così il rischio che possano essere modificati elementi di una certa importanza del rapporto contrattuale.

Differente è il discorso relativo alla richiesta di modifica delle condizioni del contratto, nel caso di contratti di durata e l'eventuale correlativo obbligo di rinegoziazione. L'esistenza di siffatto obbligo verrebbe ormai, almeno in dottrina, giustificata sulla base dell'art. 1375 c.c. che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nei casi in cui i termini del contratto siano nel corso del tempo divenuti iniqui<sup>38</sup>. Ancora una volta resta da dire che pare preferibile in questi casi non tanto rifarsi alla clausola di buona fede, quanto al principio che per certi versi ispirerebbe la clausola stessa, ovvero il principio di proporzionalità. Alla luce del principio in questione si potrebbe garantire una tutela alla parte anche in quei casi in cui non sussistano i presupposti previsti per poter chiedere la risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta - non essendo la stessa dovuta ad avvenimenti straordinari o imprevedibili oppure non essendo l'onerosità eccessiva.

In questa direzione non si può non richiamare la figura dell'*hardship* prevista all'interno dei Principi Unidroit<sup>39</sup>: si ha *hardship* quando si

---

<sup>38</sup> Sostiene che esista suddetto obbligo, sull'obbligo di rinegoziare, F. MACARIO, *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 64 ss.; P.G. MARASCO, *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 550 ss., il quale ritiene che lo stesso troverebbe la sua giustificazione nel dovere di correttezza che viene imposto alle parti. Diversamente, in giurisprudenza si nega che possa sussistere un generale obbligo di rinegoziare, si v. Trib. Pescara, 24.01.97, in *Foro it.*, 1998, I, c. 613.

<sup>39</sup> Art. 6.2.1., (*Obbligatorietà del contratto*): se l'adempimento del contratto diviene più oneroso per una delle parti, tale parte rimane ugualmente obbligata ad adempiere le sue obbligazioni, salvo quanto previsto dalle seguenti disposizioni sull'*hardship*. Art. 6.2.2. (*Definizione di hardship*): ricorre l'ipotesi di *hardship* quando si verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, o per l'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o per la diminuzione del valore della controprestazione, e (a) gli eventi si verificano, o divengono noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; (b) gli eventi non potevano essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto;

verificano eventi che alterano sostanzialmente l'equilibrio del contratto, a causa dell'accrescimento dei costi della prestazione di una delle parti, o della diminuzione del valore della controprestazione. Tali eventi devono verificarsi, o divenire noti alla parte svantaggiata, successivamente alla conclusione del contratto; non potendo essere ragionevolmente presi in considerazione dalla parte svantaggiata al momento della conclusione del contratto. Infine deve trattarsi di circostanze estranee alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e il rischio del verificarsi delle stesse non deve essere stato assunto dalla parte svantaggiata. In presenza di una situazione di questo tipo i Principi Unidroit riconoscono in capo alla parte svantaggiata la possibilità di chiedere la rinegoziazione del contratto.

Inoltre, si deve ricordare quanto affermato in sede di analisi dell'art. 9 della l. n. 192/98, ovvero che, indipendentemente dal riconoscimento dell'esistenza di un obbligo di rinegoziazione, il rifiuto di modificare le condizioni del contratto potrebbe rappresentare una forma di abuso, che congiuntamente ad una situazione definibile come di dipendenza economica legittimerebbe il ricorso ai rimedi previsti dalla disposizione in questione<sup>40</sup>.

---

(c) gli eventi sono estranei alla sfera di controllo della parte svantaggiata; e (d) il rischio di tali eventi non era stato assunto dalla parte svantaggiata. Art. 6.2.3. (*Effetti dell'hardship*): (1) in caso di *hardship* la parte svantaggiata ha diritto di chiedere la rinegoziazione del contratto. La richiesta deve essere fatta senza ingiustificato ritardo e deve indicare i motivi sui quali è basata. (2) La richiesta di rinegoziazione non dà, di per sé, alla parte svantaggiata il diritto di sospendere l'esecuzione. (3) In caso di mancato accordo tra le parti entro un termine ragionevole, ciascuna delle parti può rivolgersi al giudice. (4) Il giudice, se accerta il ricorrere di una ipotesi di *hardship*, può, ove il caso, (a) risolvere il contratto, in tempi e modi di volta in volta da stabilire, oppure (b) modificare il contratto al fine di ripristinarne l'originario equilibrio.

<sup>40</sup> Oltre alla norma sulla L'ordinamento prevede poi alcune specificazioni rispetto a questo principio: si pensi all'art. 1664 c.c., in tema di appalto, oppure all'art. 1623 c.c., in tema di affitto. In particolare, l'art. 1664 c.c. consente la possibilità di chiedere la revisione del prezzo, nell'ipotesi prevista dal comma 1, e un equo compenso, nell'ipotesi del comma 2, in presenza di determinate variazioni del valore delle prestazioni contrattuali. Nondimeno, tali possibilità sono subordinate al verificarsi di presupposti molto stringenti: si richiede, infatti, che la variazione di valore della prestazione sia dovuta a circostanze imprevedibili, nel caso del comma 1, e non previste, nel caso del comma 2. Inoltre, il comma 1 prevede che la revisione del prezzo possa essere consentita solo per le differenze che eccedano il decimo, e il comma due fa riferimento al fatto che le difficoltà di esecuzione debbano rendere notevolmente più onerosa la prestazione. Nondimeno, anche in caso di appalto stipulato tra imprenditori, si potrebbe ipotizzare l'applicazione dell'art. 9 della l. 192/98 in quei casi in cui non sia possibile il ricorso all'art. 1664 c.c., oppure laddove la parte ritenga preferibile ricorrere a detti strumenti di tutela.

## **5. Previsione di obblighi informativi nella fase precontrattuale.**

Un'altra circostanza che può determinare potenziali pregiudizi all'imprenditore debole può essere l'asimmetria informativa nella fase precontrattuale: l'assenza di trasparenza, infatti, potrebbe non consentire alla parte di scegliere in modo consapevole se concludere un determinato contratto.

La previsione di obblighi di questo tipo risulta essere piuttosto scarsa in relazione a quelle fattispecie contrattuali che vedono come parti degli imprenditori, per la circostanza che l'ordinamento reputa che tali soggetti in quanto soggetti che svolgono professionalmente una determinata attività, non si trovino in una situazione di asimmetria informativa e quindi non necessitino, da questo punto di vista, di particolare protezione. Le uniche previsioni in tal senso, possono essere rinvenute, in misura limitata, nell'ambito del contratto di agenzia, e in modo più intenso nell'ambito del contratto di franchising.

La ragione sta nel fatto che il franchisee e l'agente, molto spesso, nella fase delle trattative non sono già imprenditori, ma inizieranno a svolgere un'attività imprenditoriale solo a seguito della conclusione del rapporto contrattuale. Agli obblighi informativi sono spesso affiancati sono strettamente connessi quelli di forma contenuto, dal momento che la forma scritta e la necessaria indicazione di alcuni elementi nell'ambito del contratto si rivelano di fondamentale importanza per far conoscere alla parte con precisione i diritti e gli obblighi che sorgeranno in virtù del contratto.

Nell'ambito delle altre fattispecie contrattuali che vengono concluse tra imprenditori non sono presenti obblighi informativi così intensi. Salvo nel caso della subfornitura dove viene richiesta una determinata forma a pena di nullità e la necessaria indicazione di alcuni elementi, non rinveniamo obblighi di questo tipo.

Per questi imprenditori deboli non resterebbe che ricorrere alla disciplina generale, e, in particolare all'art. 1337 c.c., che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nella fase delle trattative. Come

sappiamo, a seguito di una lenta evoluzione, si è arrivati a riconoscere che la clausola generale della buona fede implica non solo il dovere di trattare in modo leale la controparte, astenendosi da comportamenti maliziosi o anche solo reticenti ai danni della controparte, ma anche di fornire alla stessa ogni dato rilevante, conosciuto o anche solo conoscibile con l'ordinaria diligenza<sup>41</sup>, ai fini della stipulazione del contratto<sup>42</sup>, la cui violazione farebbe sorgere in capo alla parte inadempiente una responsabilità precontrattuale<sup>43</sup>. A seguito della diffusione di siffatto orientamento è stata data particolare attenzione all'obbligo di fornire informazioni, finalizzato a riequilibrare l'eventuale posizione di asimmetria informativa che potrebbe caratterizzare uno dei contraenti, consentendo dunque una più autentica e piena espressione della libertà negoziale di quest'ultimo.

Le questioni che si devono porre a questo punto sono svariate: in primo luogo dobbiamo chiederci se la tutela offerta dalla disciplina generale sia, per così dire, di livello inferiore rispetto alla soglia di tutela garantita tramite la legge del franchising; in secondo luogo, se sia giustificata la previsione di una differente protezione nei diversi casi, ovvero se vi sia una giustificazione ragionevole in base alla quale il franchisee debba essere messo al corrente di tutta una serie di informazioni, mentre, ad esempio, non sia così per il subfornitore.

Procedendo con ordine, si deve rilevare che la disciplina di cui all'art. 1337 c.c., pur rivelandosi un valido strumento, non garantisce la

---

<sup>41</sup> La dottrina ha provveduto a tipizzare gli obblighi tipici che nascono nella fase precontrattuale in capo e di conseguenza le possibili ipotesi di responsabilità precontrattuale. In dottrina, si v. C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 163 ss.

<sup>42</sup> In tal senso, Cass., 29.10.05, n. 19024, in *Foro it.*, 2006, I, 1105.

<sup>43</sup> Come sappiamo tradizionalmente si attribuisce una rilevanza limitata alla violazione dell'obbligo di buona fede nelle trattative, riconoscendo che la responsabilità precontrattuale si possa configurare solo in caso di recesso ingiustificato dalle trattative. In tal senso, si v. Cass., 17.1.81, n. 430, in *Mass. Giur. it.*, 1981; App. Napoli, 27.5.99, in *Foro nap.*, 1999, p. 347, Cass., 7.5.04, n. 8723, in *Gius.*, 2004, p. 3627; Cass., 25.7.06, n. 16937, in *Obbl.e contr.*, 2007, p. 407. Criticano questa impostazione, G. PATTI e S. PATTI, *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, Milano, 1993, p. 95 ss. Solo successivamente si è arrivati a riconoscere che la violazione, pertanto, dell'obbligo di comportarsi secondo buona fede nello svolgimento della trattative e nella formazione del contratto assume rilievo non soltanto nel caso di rottura ingiustificata delle trattative ovvero di conclusione di un contratto invalido o inefficace quando il contratto concluso sia valido e tuttavia risulti pregiudizievole per la parte vittima dell'altrui comportamento scorretto.

medesima tutela che viene invece realizzata tramite il ricorso alla legge sul franchising per il fatto che l'interpretazione che dell'art. 1337 c.c. viene fornita prevede che la parte sia tenuta solamente a comunicare le circostanze di rilievo attinenti all'affare, ma non anche le circostanze relative alla valutazione della convenienza dell'affare<sup>44</sup>. Diversamente, la legge sul franchising fornisce una precisa indicazione degli elementi che devono essere comunicati e che sono funzionali anche a valutare tali profili.

Si pone a questo punto il problema di capire se sia possibile questa volta applicare le disposizioni dettate in materia di franchising nel caso di fattispecie contrattuali che vedono quali parti degli imprenditori deboli: sembra per la verità che l'esigenza di venire a conoscenza di determinate circostanze caratterizzi tanto i contratti di franchising, quanto altre fattispecie contrattuali<sup>45</sup>: la conoscenza della stabilità economica dell'altra parte, ad esempio, può risultare di fondamentale importanza anche per il subfornitore, che spesso è chiamato a sostenere numerosi investimenti in

---

<sup>44</sup> C.M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, cit., p. 163, parla di circostanze rilevanti ai fini della conclusione del contratto, precisando poi che tale dovere non riguarda la convenienza del contratto, ma le circostanze obiettive che lo rendono invalido, inefficace, inutile, in quanto la sua causa sarebbe irrealizzabile. Diversamente, M. CONFORTI, *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*, cit., p. 210, individuando una certa affinità tra questa disciplina e quella dell'errore ritiene che, proprio per l'importanza rivestita è allora possibile provare a prospettare un obbligo di informazione durante le trattative che non si fermi ai soli aspetti della validità ed efficacia, ma si estenda a ciascuna delle circostanze contemplate dall'art. 1429 cod. civ., coinvolgendo dunque quegli aspetti "centrali" del contratto, che ne connotano il contenuto, la funzione e le peculiarità. Di conseguenza, la parte non si dovrebbe limitare a indicare circostanze oggettivamente rilevanti, ma anche soggettivamente rilevanti.

<sup>45</sup> Tra le informazioni che devono essere fornite: a) le principali dati relativi all'affiliante, tra cui ragione e capitale sociale e, previa richiesta dell'aspirante affiliato, copia del suo bilancio degli ultimi tre anni o dalla data di inizio della sua attività, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; b) l'indicazione dei marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio; c) una sintetica illustrazione degli elementi caratterizzanti l'attività oggetto dell'affiliazione commerciale; d) una lista degli affiliati al momento operanti nel sistema e dei punti vendita diretti dell'affiliante; e) l'indicazione della variazione, anno per anno, del numero degli affiliati con relativa ubicazione negli ultimi tre anni o dalla data di inizio dell'attività dell'affiliante, qualora esso sia avvenuto da meno di tre anni; f) la descrizione sintetica degli eventuali procedimenti giudiziari o arbitrali, promossi nei confronti dell'affiliante e che si siano conclusi negli ultimi tre anni, relativamente al sistema di affiliazione commerciale in esame, sia da affiliati sia da terzi privati o da pubbliche autorità, nel rispetto delle vigenti norme sulla *privacy*.

vista del rapporto contrattuale che va a concludere. Lo stesso può valere, in certi termini, anche per un contratto atipico che presenta alcuni aspetti di somiglianza con il franchising, ovvero la concessione di vendita<sup>46</sup>: infatti, in quest'ultimo caso, soprattutto laddove il rapporto venga svolto in esclusiva, il concessionario ha notevole interesse a conoscere circostanze quali, tra le altre, le condizioni economiche del concessionario. Allo stesso modo, quest'ultimo ha interesse che la controparte gli indichi i marchi utilizzati nel sistema, con gli estremi della relativa registrazione o del deposito, o della licenza concessa all'affiliante dal terzo, che abbia eventualmente la proprietà degli stessi, o la documentazione comprovante l'uso concreto del marchio. Informazioni queste che non pare possano essere fatte rientrare nell'ambito di quelle che concernono la parte è tenuta a comunicare all'altra nella fase delle trattative ex art. 1337 c.c.

La realtà è che le disposizioni dettate in materia di franchising paiono essere dettate non tanto per regolare la fattispecie contrattuale

---

<sup>46</sup> La concessione di vendita sicuramente presenta degli elementi di somiglianza con il contratto di franchising: in entrambi i casi, un soggetto affida ad un altro soggetto autonomo il compito di provvedere, in modo stabile alla commercializzazione di prodotti e servizi. La concessione di vendita si differenzerebbe però dal franchising per il fatto che il concessionario, a differenza del franchisee, è obbligato ad utilizzare il marchio del concedente, ma non le insegne e gli altri segni distintivi; inoltre, la concessione di vendita non si caratterizza necessariamente per il trasferimento del know how. Il concessionario non deve sostenere delle spese di entrata, né delle royalties. In particolare, si v., Corte giustizia comunità Europee, 28.01.86, n. 161, in *Foro Padano*, 1986, p. 129, dove si afferma che: "Si definiscono contratti di distribuzione "franchising" quelli in forza dei quali il concessionario si limita a vendere taluni prodotti in un negozio che reca l'insegna del concedente; i contratti di distribuzione "franchising" si differenziano dai contratti di concessione di vendita o da quelli che vincolano rivenditori autorizzati in un sistema di distribuzione selettiva che non implicano né l'uso di una stessa insegna, né l'applicazione di metodi commerciali uniformi, né pagamento di diritti in compenso dei vantaggi consentiti". Il franchising si realizza così quando il livello di integrazione risulta particolarmente elevato. In particolare, si v., Trib. Crema, 23.11.94, in *I contr.*, 2006, p. 52, dove si legge che "In virtù di una corretta qualificazione dei rapporti tra le parti, al di là del "nomen iuris" "concessione di vendita" (nella specie, settore automobilistico) figurante nel testo contrattuale, è ravvisabile un rapporto contrattuale riconducibile alla figura del "franchising" quando l'integrazione tra rivenditore e società di distribuzione raggiunge un tale grado di intensità da potersi attribuire al rapporto la definizione che di tale contratto fornisce l'art. 1 n. 3 lett. b) *reg. Cee 4087/88*. A fronte dell'indiscutibile autonomia del concedente rispetto al concessionario, deve farsi riguardo alla immagine che, nella fattispecie concreta (settore automobilistico), la società concedente ed i singoli concessionari danno di sé sul mercato, creando nei consumatori l'affidamento che trattasi di un unico soggetto che opera sul territorio attraverso vari rivenditori. Quando tale affidamento risulta incolpevole, la sua ingiustificata lesione potrà ricevere tutela aquiliana. Pertanto, ben può l'acquirente agire direttamente nei confronti del concedente, anche ex *art. 2058 c.c.*".



franchising, ma anche per regolare i rapporti che si riferiscono ai contratti, per così dire, integrati, potendo così fungere da valido strumento per colmare delle lacune di tutela<sup>47</sup>.

Ma al fine di portare la parte più debole al corrente di importanti elementi non si devono trascurare anche gli obblighi di forma e contenuto, che vengono previsti da numerose disposizioni nell'ambito dei contratti tra imprenditori: l'art. 2 in relazione ai rapporti di subfornitura e l'art. 3 nel caso del franchising. Inoltre per quanto attiene agli obblighi di contenuto, l'art. 2 comma 5 richiede che debbano necessariamente essere specificati nel contratto i requisiti specifici del bene o del servizio, il prezzo pattuito e i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento<sup>48</sup>, in modo che il subfornitore possa operare in presenza di condizioni chiare e facilmente dimostrabili.

Allo stesso modo l. n. 192/98 risulta anche la previsione di un contenuto minimo, dovendo, ai sensi dell'art 3 comma 4, essere necessariamente indicati nel contratto alcuni elementi<sup>49</sup>, funzionali a

---

<sup>47</sup> In tal senso, L. DELLI PRISCOLLI, *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, cit., 2004, p. 1183.

<sup>48</sup> Gli elementi che devono essere indicati sono: 1. i requisiti specifici del bene o del servizio richiesti dal committente, mediante precise indicazioni che consentano l'individuazione delle caratteristiche costruttive e funzionali, o anche attraverso il richiamo a norme tecniche che, quando non siano di uso comune per il subfornitore o non siano oggetto di norme di legge o regolamentari, debbono essere allegate in copia; 2. il prezzo pattuito; 3. i termini e le modalità di consegna, di collaudo e di pagamento. In particolare, in relazione alla determinazione del prezzo, tale previsione deve essere coordinata con il comma 4, che espressamente prevede che il prezzo dei beni e dei servizi debba essere determinato o determinabile, in modo chiaro e preciso, tale da non ingenerare incertezze nell'interpretazione delle reciproche prestazioni e nell'esecuzione del contratto. Il tema del prezzo, poi, inevitabilmente si ricollega a quello dell'aumento dei costi nel corso dello svolgimento della prestazione a cui si rimanda nella successiva trattazione.

<sup>49</sup> Tale previsione si giustifica per la finalità protettiva della legge sul franchising, dal momento che si vuole evitare che il franchisee, non disponendo di adeguata informazione in merito, sia chiamato a sostenere costi eccessivi rispetto agli eventuali guadagni. Gli elementi che devono essere indicati sono: quali l'ammontare degli investimenti e delle eventuali spese di ingresso che l'affiliato deve sostenere prima dell'inizio dell'attività, le modalità di calcolo e di pagamento delle *royalties*, e l'eventuale indicazione di un incasso minimo da realizzare da parte dell'affiliato, l'ambito di eventuale esclusiva territoriale sia in relazione ad altri affiliati, sia in relazione a canali ed unità di vendita direttamente gestiti dall'affiliante; la specifica del *know-how* fornito dall'affiliante all'affiliato; le eventuali modalità di riconoscimento dell'apporto di *know-how* da parte dell'affiliato; le caratteristiche dei servizi offerti dall'affiliante in termini di assistenza tecnica e commerciale, progettazione ed allestimento, formazione; le condizioni di rinnovo, risoluzione o eventuale cessione del contratto stesso. La disposizione, in questo modo ci indica chiaramente alcuni aspetti:

mettere il franchisee in condizione di valutare la convenienza del contratto, consentendogli di svolgere un'adeguata ponderazione dei vantaggi e degli svantaggi<sup>50</sup>.

Anche in relazione agli obblighi di forma contenuto non resta che interrogarsi in merito alla possibilità di applicare analogicamente queste

---

in primo luogo, a differenza del pagamento o di una entry fee, che è meramente eventuale, il pagamento di royalties viene dalla dottrina maggioritaria ritenuto necessario di conseguenza non sarebbero ammissibili forme indirette di corresponsione di un corrispettivo per l'utilizzo del "package", come ad esempio potrebbe realizzarsi in caso di franchising di prodotto tramite il pagamento dei beni o servizi al franchisor. Tra questi A. BERTOLOTI, *La nozione*, cit., p. 73. Diversamente, secondo A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 45, anche il pagamento della merce potrebbe essere fatto rientrare nella nozione di corrispettivo. Di conseguenza, l'A. si rammarica del fatto che il legislatore non abbia espressamente previsto che il corrispettivo può essere "diretto" o "indiretto". In particolare, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 6 e p. 34, il quale afferma che nella prassi, mentre nel franchising di prodotto la royalty potrebbe anche non essere presente, venendo sostituita dal pagamento della merce a prezzi che consentano margini di utile per il franchisor; in caso di franchising di servizi si ritiene che debba sempre sussistere la royalty. Diversamente, il legislatore ha preferito escludere la possibilità di qualificare come franchising quei contratti in cui non fosse prevista la corresponsione di royalties, al fine di limitare la tutela alle forme più tipiche di franchising. In secondo luogo, il fatto che l'esclusiva territoriale sia solo eventuale chiarisce che tale elemento non possa essere considerato un naturale negotii. Tale esclusiva laddove prevista deve essere esattamente definita per iscritto nel medesimo documento. Si pone però il problema di comprendere le conseguenze che deriverebbero dal mancato rispetto di suddette previsioni, sembrando paradossale la conseguenza della nullità della clausola non indicata nelle modalità richieste. In tal senso, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 55. In particolare, poi, l'indicazione delle condizioni per poter chiedere la risoluzione risulta funzionale al fatto che si presentava spesso molto ostico stabile l'inadempimento di quali obbligazioni potesse avere una rilevanza tale da determinare la risoluzione del contratto in base alla disciplina generale, in questo modo, diversamente si potrebbero evitare lunghi contenziosi. Lo sottolinea sempre A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 87. In particolare, L. QUATTROCCHIO, *Forma e contenuto del contratto*, cit., p. 118, si interroga sulle conseguenze della mancata indicazione delle condizioni di rinnovo. Infine, A. FRIGNANI, *Franchising. La nuova legge*, cit., p. 82, il quale rimarca che il riferimento è alle eventuali attrezzature o formazioni specifiche che il franchisee viene chiamato a sostenere nel momento di ingresso, e deve trattarsi di investimenti a lungo termine il cui costo non può essere recuperato a breve termine. L'A. sottolinea che però molti di essi dipenderanno dalle condizioni soggettive dell'affiliato e quindi indicazioni maggiormente dettagliate verranno offerte nell'allegato al contratto.

<sup>50</sup> Disposizione che si rivelerebbe rilevante anche per il fatto che sembrerebbe implicitamente indicare ulteriori requisiti essenziali, necessari per poter qualificare il contratto come franchising. In questo modo, il legislatore, oltre a limitare l'ambito di applicazione della legge al solo franchising di prodotto, avrebbe richiesto la presenza di ulteriori elementi, risultando così anche la nozione adottata dal legislatore più ristretta di quella adottata nella prassi. Tali elementi in base ad una lettura congiunta del primo e del terzo comma dell'art. 3, dovrebbero risultare per iscritto a pena di nullità. In tal senso, Cass. 3.02.99, n. 887, in *Giur. it.*, 2000, p. 59. Nullità, però, che ancora una volta deve essere intesa come una nullità relativa. In questo senso A. DASSI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 116. *Contra*, F. BORTOLOTTI, *Il contratto di franchising*, cit., p. 48, secondo il quale in questi casi il franchisee potrebbe trovare tutela solo in virtù dell'art. 1338 c.c., laddove il franchisor avesse ommesso di informarlo di una causa di nullità del contratto.

disposizioni anche a rapporti contrattuali differenti, magari atipici. Come abbiamo già avuto modo di rilevare in precedenza la forma viene ad assumere una finalità di protezione (c.d. forme di protezione), risultando funzionale non solo a richiamare l'attenzione sul regolamento contrattuale predisposto, ma anche a mettere a disposizione della parte più debole numerose informazioni - soprattutto laddove accompagnata dall'obbligo di un contenuto minimo – che consentirebbero alla parte di meglio apprezzare la convenienza del regolamento contrattuale.

Come abbiamo già sottolineato non osterebbe alla possibilità di ricorrere all'analogia la presunta natura eccezionale delle disposizioni che impongono il rispetto di determinate forme, dal momento che allo stato dell'arte non è più possibile stabilire un rapporto regola – eccezione, imponendosi il rispetto di determinate forme, ogni volta che senza ricorrere alle stesse una determinata funzione non possa essere realizzata.

Si dovrebbe così concludere che laddove siano presenti circostanze di fatto analoghe a quelle che caratterizzano i rapporti di subfornitura o di franchising, si possano applicare analogicamente le disposizioni richiamate, imponendosi il rispetto di “forme di protezione” anche nel caso, ad esempio di contratti atipici. In questo modo, estendendo gli strumenti di protezione, si eviterebbe anche che attraverso una serie di escamotage la parte forte possa essere tentata di cercare di eludere l'applicazione di normative particolarmente di favore alla parte più debole.

## **7. Risoluzione del contratto.**

Infine, si vuole porre attenzione sul fatto che di rado le discipline relative alle fattispecie contrattuali rientranti nell'ambito dei contratti di impresa disciplinano un fondamentale aspetto della fase patologica del rapporto contrattuale, ovvero la risoluzione del contratto per inadempimento. Di conseguenza, in mancanza di differenti previsioni, dovrebbe ritenersi applicabile la disciplina generale di cui agli artt. 1453 c.c. e ss. che consente alla parte la possibilità di chiedere la risoluzione del contratto ogni volta che la controparte ponga in essere un inadempimento

di non scarsa importanza, avuto riguardo all'interesse della controparte<sup>51</sup>. Tale rimedio, consentito solo in relazione ai contratti a prestazione corrispettive, presuppone non solo il verificarsi di un inadempimento di non scarsa rilevanza<sup>52</sup>, ma anche che lo stesso sia imputabile al dolo o alla colpa della controparte<sup>53</sup>.

L'unica disposizione che viene dettata relativamente a contratti che tipicamente si riferiscono ad imprenditori è l'art. 1564, rubricato "Risoluzione del contratto", in tema di contratto di somministrazione, che prevede che in caso di inadempimento di una delle parti relativo a singole prestazioni, l'altra possa chiedere la risoluzione del contratto, se

---

<sup>51</sup> In tema di risoluzione per inadempimento, in generale si rimanda a G. IUDICA, *Risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 745 ss.; G.F. BASINI, *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001, *passim*.

<sup>52</sup> La giurisprudenza nel valutare tale elemento tiene in considerazione da un lato l'elemento oggettivo della mancata prestazione, con l'interesse della parte fedele all'adempimento del contratto. Il riferimento all'interesse della parte non viene però inteso in termini soggettivi, dal momento che la tendenza è quella di far riferimento all'idoneità dell'inadempimento a turbare l'equilibrio contrattuale ed a interferire sulla causa del contratto. In tal senso, Cass. civ., 26.10.85, n. 5277, in *Arch. Civ.*, 1986, p. 153, dove si legge che "Nei contratti con prestazioni corrispettive l'inadempimento che legittima la domanda di risoluzione è solo quello che, per le modalità e le circostanze, sia di non lieve entità, giacché in tal caso, venendo meno il rapporto funzionale tra le reciproche attribuzioni, gli effetti del contratto non corrispondono più alla volontà iniziale delle parti e non trova più giustificazione la prestazione o la controprestazione; a tal fine la norma dell'art. 1455 c. c. ha ricondotto la sanzione dello scioglimento del contratto a una regola di proporzionalità, in virtù della quale la risoluzione del vincolo contrattuale è legislativamente collegata all'inadempimento di obbligazioni che abbiano notevole rilevanza nell'economia del rapporto, avuto riguardo sia all'esigenza di mantenere l'equilibrio tra prestazioni di uguale importanza nei contratti con prestazioni corrispettive sia all'interesse dell'altra parte che non deve essere tanto intesa in senso subiettivo, in relazione alla stima che il creditore abbia potuto fare del proprio interesse violato, quanto in senso obiettivo, in relazione all'attitudine dell'inadempimento a turbare l'equilibrio contrattuale e a reagire sulla causa del contratto, e perciò sul comune intento negoziale". Per quanto riguarda i criteri per valutare quando un inadempimento è di non scarsa rilevanza, si v. anche, Cass., 7.02.01, n. 1773, in *Mass. Giur. It.*, 2001, che afferma che: "Lo scioglimento del contratto per inadempimento - salvo che la risoluzione operi di diritto - consegue ad una pronuncia costitutiva, che presuppone da parte del giudice la valutazione della non scarsa importanza dell'inadempimento stesso, avuto riguardo all'interesse dell'altra parte. Tale valutazione viene operata alla stregua di un duplice criterio, applicandosi in primo luogo un parametro oggettivo, attraverso la verifica che l'inadempimento abbia inciso in modo apprezzabile nell'economia complessiva del rapporto (in astratto, per la sua entità e, in concreto in relazione al pregiudizio effettivamente causato all'altro contraente), sì da dar luogo ad uno squilibrio sensibile del sinallagma negoziale; completandosi, poi, l'indagine mediante la considerazione di eventuali elementi di carattere soggettivo, consistenti nel comportamento di entrambe le parti (come un atteggiamento incolpevole o una tempestiva riparazione, ad opera dell'una, un reciproco inadempimento o una protratta tolleranza dell'altra), che possano, in relazione alle particolarità del caso, attenuare il giudizio di gravità, nonostante la rilevanza della prestazione mancata o ritardata".

<sup>53</sup> In tal senso, Cass. 12.06.87, n. 5143, in *Giust. civ.*, 1987, I, p. 2222.

l'inadempimento ha una notevole importanza ed è tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti. Va sottolineato che, diversamente dalla disposizione generale che parla di "non scarsa rilevanza", la norma speciale prevede la possibilità di chiedere la risoluzione solo quando l'inadempimento sia di notevole importanza, richiedendo quindi un inadempimento più grave rispetto all'art. 1453 c.c. Inoltre viene richiesto che l'inadempimento sia tale da menomare la fiducia nell'esattezza dei successivi adempimenti.

Pertanto, la disciplina pare essere più severa di quella stabilita dall'art. 1455 c.c., consentendo la risoluzione in ipotesi più limitate caratterizzate da una maggiore gravità dell'inadempimento. La disposizione - riferita a ad una fattispecie di contratto di durata ad esecuzione periodica, che prevede per la sua esecuzione una serie distinta e autonoma di prestazioni - sembra mirare a garantire la stabilità del rapporto, facendo prevalere la conservazione dello stesso, rispetto ad un inadempimento che riguarda una singola prestazione. In questo modo, probabilmente la norma favorisce il somministrato, che di regola è la parte più debole, rendendo per la controparte più difficile chiedere la risoluzione.

Si deve rilevare però che l'art 1564 c.c. non è una norma inderogabile, e spesso viene derogata mediante la previsione di clausole molto più severe per la parte inadempiente: come, ad esempio, nel caso della somministrazione di energia elettrica, quelle che prevedono la risoluzione di diritto del contratto o la sospensione dell'erogazione nel caso in cui l'utente non provveda al pagamento di una sola bolletta entro un breve periodo dalla scadenza. Aspetto quest'ultimo che sicuramente mette in dubbio l'effettività della tutela offerta alla parte più debole dal momento, soprattutto laddove sia accentuato il divario di potere contrattuale delle parti, facilmente la parte forte inserirà nel contratto clausole modificative.

La disposizione precedente viene, in certi termini temperata da un altro rimedio specifico dettato in sede di somministrazione all'art. 1565 c.c., che prevede che se la parte che ha diritto alla somministrazione è inadempiente e l'inadempimento è di lieve entità, il somministrante non

può sospendere l'esecuzione del contratto senza dare congruo preavviso. Disposizione, questa, che rappresenta un'applicazione specifica dell'eccezione di inadempimento di cui all'art. 1460 c.c., pur presentando rispetto alla stessa notevoli differenze: infatti, nel caso del contratto di somministrazione si consente di poter sospendere l'esecuzione anche di fronte ad inadempimenti che, essendo di lieve entità, non legittimerebbero la richiesta di risoluzione del contratto. Però, a differenza della disposizione generale, l'art. 1565 c.c. richiede che la parte "fedele" debba dare un preavviso dell'interruzione dell'esecuzione della sua prestazione.

Dall'art. 1565 c.c. si evince, a contrario, che se l'inadempimento non è di lieve entità, ma di una certa gravità, pur magari non essendo tale da menomare la fiducia e, quindi, da chiedere la risoluzione del contratto, il somministrante può sospendere l'erogazione immediatamente.

In ogni caso, la disciplina della somministrazione, pur con i dovuti temperamenti al fine di proteggere la parte fedele, si mostra tesa a garantire la continuità del rapporto, che sicuramente risulta nell'interesse della parte più debole, soprattutto nel caso di somministrazione svolta in esclusiva. Esigenza che pare accomunare la somministrazione anche ad altri contratti di durata a prestazioni periodiche abbinate: di conseguenza, stante l'assenza in relazione alle altre fattispecie contrattuali tra imprenditori di disposizioni in materia, pare che sia possibile ipotizzare la possibilità di estendere analogicamente le disposizioni dettate in tema di somministrazione a tutti i contratti in questione<sup>54</sup>.

---

<sup>54</sup> In relazione all'applicabilità alla subfornitura dell'art. 1671 c.c., A. BERTOLOTI, *Il contratto di subfornitura*, cit., p. 156 ss. G. MIRABELLI, *Dei singoli contratti*, Torino, 1960, p. 230 ss., sembra dire che le norme dettate in tema di somministrazione sembrano riguardare piuttosto i rapporti destinati ad avere una durata nel tempo piuttosto che un preciso contenuto economico-giuridico e pertanto non sembra azzardato affermare che tali norme devono trovare applicazione in tutti i rapporti contrattuali di durata. Forse l'applicazione a tutti i contratti di durata è eccessivamente ampia, io guarderei piuttosto a contratti la cui funzione sia simile a quella della somministrazione. Mi vengono in mente quali contratti ai quali estendere la disciplina: concessione di vendita, franchising.

## BIBLIOGRAFIA.

AA. VV., *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006.

AA. VV., *La concorrenza*, a cura di A. Frignani e R. Pardolesi, Torino, 2006.

AA. VV., *La modernisation du droit de la concurrence*, a cura di G. Canivet, Parigi, 2006.

AA.VV., *I contratti di distribuzione*, a cura di G. Cassano, Milano, 2006.

AA. VV., *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, a cura di O. Cagnasso, Torino, 2005.

AA. VV., *Competencia disleale y defensa de la competencia*, a cura di J.R. Ferràndiz Gabriel, Madrid, 2002.

AA. VV., *Libre competencia y competencia disleale*, a cura di A. Robles Martì-Laborda, Madrid, 2001.

ADDIS F., *Note introduttive ai Principi Unidroit*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 926 ss.

AGRIFOGLIO G., *L'abuso di dipendenza economica nelle prime applicazioni giurisprudenziali tra tutela della parte debole e regolazione del mercato*, in *Eur. e dir. priv.*, 2005, p. 253 ss.

ALBANESE A., *Abuso di dipendenza economica: nullità del contratto e riequilibrio del rapporto*, in *Eur. e dir. priv.*, 1999, p. 1179 ss.

ALBIEZ DOHRMANN K.J., *La proteccion jurídica del los empresarios en la contratacion con condiciones generales*, Cizus Menor, 2009.

ALMAGRO NOSETTE J., *Sub. art. 1255 CC*, in *Comentario del código civil*, Barcellona, 2006, p. 567 ss.

ALONSO ESPINOSA F.J., *Derecho de la cometentia disleale*, in *Curso fundamental de derecho mercantil*, a cura di F. J. Alonso Espinosa, tomo II, Murcia, 2004, 183 ss.

ALONSO SOTO R., *Derecho del la competencia. Competencia disleal y publicidad*, in *Curso de derecho mercantil*, a cura di M.L. Aparicio González, Cizur Menor, 2006, p. 373 ss.

ALPA G., *Gli obblighi informativi precontrattuali nei contratti di investimento finanziario. Per l'armonizzazione dei modelli regolatori e per l'uniformazione delle regole di diritto comune*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 889 ss.

ALPA G. e ANDENAS M., *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Tratt. Dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2005.

ALPA G., *Il diritto dei consumatori*, Roma-Bari, 2002.

ALPA G., *La completezza del contratto: il ruolo della buona fede e dell'equità*, in *Vita notarile*, 2002, p. 611 ss.

ALPA G., *I "Principles of European Law" predisposti dalla Commissione Lando*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2000, p. 483 ss.

AMADIO G., *Il terzo contratto. Il problema*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 20 ss.

AMADIO G., *L'abuso dell'autonomia contrattuale tra invalidità e adeguamento*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 255 ss.

AMADIO G., *Nullità anomale e conformazione del contratto (note minime in tema di "abuso dell'autonomia contrattuale")*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 285 ss.

ANDRINI M.C., *Forma contrattuale, formalismo negoziale e documentazione informatica*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 134 ss.

ARRUÑADA B., *Aplazamiento de pago u morosidad en la transacciones comerciales*, Madrid, 1999.

ARRUÑADA B., *La Directiva sobre morosidad: una mala solución para un falso problema*, Madrid, 1999.

ASCARELLI T., *Obbligazioni pecuniarie*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja-G. Branca, Bologna-Roma, 1959.

ASTOLFI A., *Il contratto di joint venture*, Milano, 1981.

BACCIARDI E., *Il recesso impugnatorio nel contratto di agenzia e la giusta causa per relationem*, in *I contratti*, 2008, p. 980 ss.

BACHES OPI S., *La nueva ley española de defensa de la competencia*, in *La ley*, n. 6815, Miércoles, 7 de noviembre de 2007.

BALDASSARRI A., *Contratto di agenzia. Figure affini, particolari e atipiche di agenti*, in *I nuovi contratti nella prassi civile e commerciale*, XVI, in *Il diritto privato nella giurisprudenza*, a cura di P. Cendon, Torino, 2004, p. 53 ss.

BALDASSARRI A., *Il contratto di agenzia*, Milano, 2003.



BALDI R. e VENEZIA A., *Le nuove norme sul contratto di agenzia al vaglio della cassazione*, in *I contratti*, 2000, p. 798 ss.

BALDI R., *Le novità nel contratto di agenzia per l'adeguamento alla direttiva CEE*, in *I contratti*, 1999, p. 505 ss.

BALLESTEROS GARRIDO J.A., *La condiciones generales del los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcellona, 1999.

BARALDI M., *Il governo giudiziario della discrezionalità contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 501 ss.

BARALDI M., *Le "mobili frontiere" dell'abuso di diritto: l'arbitrario recesso ad nutum dall'apertura del credito a tempo determinato*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 931 ss.

BARBA A., *Inadempimento imputabile e giusta causa di recesso dal contratto di agenzia*, in *I contratti*, 2009, p. 375 ss.

BARBA A., *L'abuso di dipendenza economica: profili generali*, in AA.VV., *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di Cuffaro, Napoli, 1998, p. 297 ss.

BARBA A., *Libertà e giustizia contrattuale*, in *Studi in onore di P. Rescigno*, III, Milano, 1998, p. 11 ss.

BARCELLONA M., *I nuovi controlli sul contenuto del contratto e le forme della sua eterointegrazione: Stato e mercato nell'orizzonte europeo*, in *Eu e dir priv.*, 2008, p. 33 ss.

BARCELLONA P., *Diritto privato e processo economico*, Napoli, 1973.

BARCELLONA M., *Intervento statale autonomia privata nella disciplina dei rapporti economici*, Milano, 1969.

BARCELLONA P., *Obbligo di contrarre. Disciplina anti-trust e tutela del consumatore-acquirente*, Padova, 1969.

BARENGHI A., *Art. 1469 bis*, in A. BARENGHI, *La nuova disciplina delle clausole vessatorie nel codice civile*, Napoli, 1996, p. 54.

BARONA VILAR S., *Competencia disleale*, Valencia, 2008, p. 644 ss.

BASINI G.F., *Risoluzione del contratto e sanzione dell'inadempiente*, Milano, 2001.

BASTIANON S., *Il diritto comunitario della concorrenza e l'integrazione dei mercati*, Milano, 2005.

BASTIANON S., *L'abuso di posizione dominante*, Milano, 2001.

BELFIORE A., *L'interpretazione della legge. L'analogia*, in *Studium iuris*, 2008, p. 427 ss.

- BENACCHIO G., *Diritto privato della comunità europea*, Padova, 2004.
- BENEDETTI A.M., *L'ambito applicativo*, in *I ritardi pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2003, p. 19 ss.
- BENEDETTI G., *Tutela del consumatore e autonomia contrattuale*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 799 ss.
- BENUCCI S., *La dipendenza economica nei contratti tra imprese*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 213 ss.
- BERCOVITZ RODRÌGUEZ CANO R., *Comentario a l'artículo 8, en Comentarios a la ley de condiciones generales de la contracción*, a cura di Bercovitz, Madrid, 1999, p. 259 ss.
- BERCOVITZ RODRÌGUEZ CANO R., *La competencia disleale*, in *Derecho de los negocios*, 1992, p. 30 ss.
- BERTOLOTI A., *Il contratto di subfornitura*, Torino, 2000.
- BESSONE M., *Il contratto di franchising*, Milano, 1999.
- BESSONE M. E D'ANGELO A., voce *Buona fede*, in *Enc. Dir.*, t. V., Roma, 1988, p. 1.
- BETTI E., *Teoria generale del negozio giuridico*, Torino, 1960.
- BETTI E., *Teoria generale delle obbligazioni*, Milano, 1953.
- BIANCA C.M., *Diritto civile. La normativa giuridica. I soggetti*, Milano, 2002.
- BIANCA C.M., *Diritto civile. Il contratto*, Milano, 2000.
- BIANCA C.M., *Diritto civile. La responsabilità*, Milano, 1994.
- BIANCA C.M., *Diritto civile. L'obbligazione*, Milano, 1993.
- BIANCA C.M., *Inadempimento delle obbligazioni*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 1979.
- BIANCO GÓMEZ J.J., *Algunas reflexiones sobre los artículos 8.1 y 9.1 de la ley de condiciones generales de la contracción: la ausencia de control de contenido específico de las condiciones generales de los contratos entre profesionales o empresarios y la clase de nulidad de las condiciones generales contempladas en dichas normas*, in *Estudios jurídicos en homenaje al professor Luis Díez-Picazo*, Madrid, 2004, p. 1471 ss.
- BIGLIAZZI GERI L., *A proposito della proposta di attuazione della direttiva comunitaria sulle clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori*, Padova, 1996.

BIGLIAZZI GERI F., voce *Buona fede nel diritto civile*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., 1988, p. 187.

BONFANTE G. e COTTINO G., *L'imprenditore*, Padova, 2001.

BONFIGLIO G., *La rilevabilità d'ufficio della nullità di protezione*, in *Riv. dir. priv.*, 2004, p. 861 ss.

BONINI BARALDI M., *Unconscionability (diritto nordamericano)*, in *Contr. e impr. eu.*, 2003, p. 443 ss.

BONVICINI D., *Le joint venture: tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, 1977.

BONVICINI D., *Tecnica giuridica e prassi societaria*, Milano, 1977.

BORTOLOTTI F., *Il contratto di franchising*, Padova, 2004.

BORTOLOTTI F. e BONDANINI G., *Il contratto di agenzia commerciale*, Padova, 2003.

BORTOLOTTI F., *I contratti di subfornitura*, Padova, 1999.

BORTOLOTTI F., *Le nuove norme sul contratto di agenzia introdotte dal d.lgs. 65/1999, con particolare riferimento alla disciplina delle provvigioni*, in *Contr. Impr. Eur.*, 1999, p. 124 ss.

BOSO CARETTA A., *Interruzione del rapporto di distribuzione integrata e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. di merito*, 2007, p. 350 ss.

BRAULT D., *Politique et pratique du droit de la concurrence en France*, Parigi, 2004.

BRECCIA U., *Prospettive nel diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 161 ss.

BREGOLI A., *La legge sui ritardi di pagamento nei contratti commerciali: prove (maldestre) di neodirigismo?*, in *Riv. dir. Priv.*, 2003, p. 715 ss.

BUENO DÌAZ O., *Franchising in European contract law*, Monaco, 2008.

BUONOCORE V., *Contrattazione d'impresa e nuove categorie contrattuali*, in *Quaderni di Giurisprudenza commerciale*, Milano, 2000.

CAFAGGI F., *Il contratto di rete ed il diritto dei contratti*, in *I Contr.*, 2009, p. 915 ss.

CAFAGGI F., *Contratti tra imprese nei gruppi e nelle reti: prime riflessioni*, in *Studi in onore di D. Messinetti*, Napoli, 2008, p. 175 ss.

CAGNASSO O., *Introduzione*, in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, a cura di O. Cagnasso, Torino, 2005, p. 1 ss.

CAGNASSO O., *La somministrazione*, in *Obbligazioni e contratti*, vol. III, in *Trattato di diritto privato*, t. XI, diretto da P. Rescigno, Torino, 2000, p. 819 ss.

CAGNASSO O., voce *Agenzia*, in *Digesto delle discipline privatistiche*, sez. *commerciale*, I, Torino, 1993, p. 41 ss.

CALASSO F., *Il negozio giuridico*, Milano, 1967.

CALVO R., *Giurisdizione di equità e gerarchie assiologiche*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 118 ss.

CALVO R., *I contratti dei consumatori*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, diretto da F. Galgano, Padova, 2005, p. 14 ss.

CAMARDI C., *Dalle reti di impresa al contratto di rete nella recente prospettiva legislativa*, in *I Contr.*, 2009, p. 928 ss.

CAMARDI C., *Efficienza contrattuale e reti di imprese*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, p. 199 ss.

CAMARDI C., *Contratti di consumo e contratti tra imprese. Riflessioni sull'asimmetria contrattuale nei rapporti di scambio e nei rapporti "reticolari"*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2005, p. 549.

CAMILLETTI F., *Profili del problema dell'equilibrio contrattuale*, Milano, 2004.

CAPOBIANCO E., *Diritto comunitario e trasformazione del contratto*, Napoli, 2003.

CAPOBIANCO E., *L'equilibrio economico nei contratti con i consumatori*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 377 ss.

CAPONI R., *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 59 ss.

CAPURRO T., *Abuso di dipendenza economica e rifiuto di contrarre*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, pt. I, p. 985 ss.

CAPUTI M., *Agenti mediatori e difetto di iscrizione nei ruoli professionali: "unicuique suum"?*, in *Foro it.*, 2002, p. 2709 ss.

CARANO C., *Clausole in deroga alla disciplina legale*, in *I ritardi nei pagamenti*, a cura di D. Stevanato e A. Venchiarutti, Milano, 2004, p. 35 ss.

CARINGELLA F. e DE MARZIO G., *Le obbligazioni*, Milano, 2007.

CARINGELLA F. e DE MARZO G., *Manuale di diritto civile. Il contratto*, Milano, 2007.

CARIOTA FERRARA L., *Il negozio giuridico nel diritto privato italiano*, Napoli, 1948.

CARPINO B., *La rescissione del contratto*, in *Il Codice civile commentato*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 2000.

CASO R. e PARDOLESI R., *La nuova disciplina della subfornitura (industriale) scampolo di fine millennio o prodromo di tempi migliori?*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 712 ss.

CASTRONOVO C., *Autonomia privata e Costituzione europea*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 249 ss.

CASUCCI F., *Il sistema giuridico "proporzionale" nel diritto privato comunitario*, Napoli, 2001.

CATALANO G., *La legge sulla subfornitura a sette anni dalla entrata in vigore: il legislatore italiano dei contratti è deceduto o sta solo dormendo?*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 177 ss.

CATAUDELLA A., *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 625 ss.

CATAUDELLA A., *La giustizia del contratto*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, p. 266 ss.

CATAUDELLA A., *I contratti, parte generale*, Torino, 1994.

CATAUDELLA A., *Sul contenuto del contratto*, Milano, 1966.

CERAMI V., voce *Agenzia (contratto di)*, in *Enciclopedia del diritto*, I, 1958, p. 875 ss.

CERIDONO A., *sub art. 9*, in AA.VV., *Disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2000, p. 429 ss.

CERRONI U., *Sulla storicità della distinzione tra diritto privato e diritto pubblico*, in *Atti del IV Convegno nazionale di filosofia del diritto*, Milano, 1960.

CHERUBINI M.C., *Tutela del "contraente debole" nella formazione del consenso*, Torino, 2005.

CHESSA C., *Il potere giudiziale di ristabilire l'equità contrattuale nelle transazioni commerciali*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 439 ss.

CHINÈ G., *Il consumatore*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, vol. I, Padova, 2003, p. 435 ss.

CIAN G., *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 849 ss.

CIPRIANI N., *Patto commissorio e patto marciano*, Napoli, 2000.

CLARIZIA R., *Nuovi limiti all'autonomia contrattuale tra le parti*, in *Studi in onore di Davide Messinetti*, Napoli, 2008, p. 273 ss.

CLARIZIA R., *Il decreto legislativo sui ritardati pagamenti e l'impatto sul sistema*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2003, p. 57 ss.

COLANGELO G., *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004.

COLANGELO G., *Prime note di commento alla normativa in materia di franchising*, in *Il Corr. giur.*, 2004, p. 851 ss.

COLUZZI F., *Sub. Art. 1469 bis, comma 3, n. 11*, in *Le clausole vessatorie nei contratti con i consumatori*, a cura di G. Alpa e S. Patti, Milano, 1997, p. 301 ss.

CONFORTI M., *Responsabilità precontrattuale e dovere di informazione*, in *La nuova giurisprudenza civile comm.*, 2009, p. 207 ss.

CONSERVA D., *La subfornitura*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, Padova, 2003, p. 369 ss.

COREA U., *Sulla nozione di "consumatore": il problema dei contratti stipulati a scopi professionali*, in *Giust. civ.*, 1999, p. 13 ss.

CORSARO L., *L'abuso del contraente nella formazione del contratto*, Milano, 1979.

CORSARO L., *Sulla "ratio" degli artt. 1447, 1448, 1438, 428, 2° comma del codice civile. Studio dell'approfittamento nel contratto*, Padova, 1974.

COSTANZA M., *Meritevolezza di interessi ed equilibrio contrattuale*, in *Contr. e Impresa*, 1987, p. 423 ss.

COTTINO G., *Del contratto estimatorio. Della somministrazione*, in *Commentario al codice civile*, a cura di A. Scialoja e G. Branca, Bologna, 1970.

CRESCI G., *sub. art. 9, "Abuso di dipendenza economica"*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di Vettori, Padova, 1999, p. 720 ss.

CRISCUOLO F., *Principio di proporzionalità, riduzione ad equità della penale e disciplina della multa penitenziaria*, in *Riv. dell'arbitrato*, 2006, p. 388 ss.

CRISCUOLO F., *Adeguamento del contratto e poteri del giudice*, in *Il nuovo diritto dei contratti*, a cura di F. Di Marzio, Milano, 2004, p. 191 ss.

CUARTERO RUBIO M.V., *La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales*, in *La ley*, 2006, p. 7 ss.

CUOCCI V., *Brevi note sulla direttiva comunitaria relativa ai ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e sulla sua attuazione in Germania*, in *Contr. e impr. eu.*, 2006, p. 349 ss.

D'ADDA A., *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008.

D'AMICO G., *La formazione del contratto*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 45 ss.

D'AMICO G., *Regole di validità e regole di comportamento nella formazione del contratto*, in *Riv. dir. civ.* 2002, p. 37 ss.

D'ANGELO A., MONATERI P.G. E SOMMA A., *Buona fede e giustizia contrattuale*, Torino, 2005.

D'ANGELO A., *La buona fede*, in *Il contratto in generale*, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, t. IV, Torino, 2004.

DASSI A., *Il contratto di franchising*, Padova, 2006.

DE CASTRO F., *Las condiciones generales de los contratos y la eficacia de las leyes*, Madrid, 1975.

DE CRISTOFARO G., *La disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (d.lg. 9 ottobre 2002, n. 231)*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2004, p. 461 ss.

DE CRISTOFARO G., *Obbligazioni pecuniarie e contratti d'impresa: i nuovi strumenti di "lotta" contro i ritardi nel pagamento dei corrispettivi di beni e servizi*, in *Studium iuris*, 2003, p. 1 ss.

DE CUPIS A., *Sul contestato principio di libertà delle forme*, in *Riv. dir. civ.*, 1986, p. 203 ss.

DE MARZO G., *Ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I contratti*, 2002, p. 628 ss.

DE NOVA G., *La nuova legge sul franchising*, in *I contr.*, 2004, p. 761 ss.

DE NOVA G., *Sub. art. 1*, in *I ritardi di pagamento nei contratti commerciali*, Padova, 2003, p. 6 ss.

DE NOVA G., *Contratto: per una voce*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 426 ss.

DE NOVA G., *"Dieci voci" per una tavola rotonda su "il nuovo diritto dei contratti"*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 814 ss.

DE NOVA G., *La subfornitura: una legge grave*, in *Riv. dir. priv.*, 1998, p. 633 ss.

DE NOVA G., *Nuovi contratti*, Torino, 1990.

DEL CARMEN GETE-ALONSO Y CALERA M., *Estudios sobre el contrato*, Barcellona, 2008.

DELLI PRICOLLI L., *Franchising e abuso di dipendenza economica*, in *Giur. di merito*, 2006, p. 2158 ss.

DELLI PRISCOLLI L., *Franchising, contratti di integrazione e obblighi precontrattuali di informazione*, in *Riv. dir. com.*, 2004, p. 1167 ss.

DELLI PRISCOLLI L., “Consumatore” “imprenditore debole” e principio di uguaglianza, in *Contr. e impr. eur.*, 2003, p. 753 ss.

DELLI PRISCOLLI L., *Il recesso nel contratto di subfornitura*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2003, p. 264 ss.

DELLI PRISCOLLI L., *L'abuso di dipendenza economica nella nuova legge sulla subfornitura: rapporti con la disciplina delle clausole vessatorie*, in *Giur. comm.*, 1998, p. 1 ss.

DI BIASE A., *La violazione degli obblighi di disclosure nel contratto di franchising e l'abuso di dipendenza economica*, in *Eu. e dir. priv.*, 2007, p. 827 ss.

DI DONNA L., *Obblighi informativi precontrattuali*, Milano, 2008.

DI GIOVANNI F., *La forma*, in *I contratti in generale*, a cura di G. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, a cura di P. Rescigno, Torino, 1999, p. 767.

DI MAJO A., *Trasparenza e squilibrio nelle clausole vessatorie*, in *Corr. giur.*, 2000, p. 527 ss.

DI MARZIO A., *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. dir. comm. e dir. gen. obbl.*, 2006, p. 802 ss.

DI MARZIO F., *Abuso di dipendenza economica e clausole abusive*, in *Riv. del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, 2006, p. 789 ss.

DI MARZIO F., *Codice del consumo, nullità di protezione e contratti del consumatore*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 862.

DI MARZIO F., *Riflessioni sulla forma nel nuovo diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 395 ss.

DI ROSA G., *L'associazione temporanea di imprese. Il contratto di joint venture*, Milano, 1998

DI TULLIO P., *sub. Art. 2598 c.c.*, in *Concorrenza sleale e pubblicità*, diretto da G. Marchetti e L.C. Ubertazzi, Padova, 1998, p. 5 ss.

DIANA A.G., *La nullità parziale del contratto*, Milano, 2004.



DIEZ PICAZO L., *El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos*, in ADC, 1969, p. 383 ss.

DONISI C., *Il problema dei negozi giuridici unilaterali*, Napoli, 1972.

DORRONSO C., sub. art. 2, in *Derecho español de la competencia, Comentarios a la ley 15/2007*, Barcellona, 2008, p. 120 ss.

EBERS M., *La revisione del diritto europeo del consumatore: l'attuazione nei paesi membri della direttiva sulle clausole abusive (91/13/CEE) e le prospettive d'ulteriore armonizzazione*, in *Contr. e impr. Eu.*, 2007, p. 696 ss.

ESTEVAN DE QUESADA C., *La doble regulación del abuso de una situación de dependencia económica*, in *Rev. De derecho mercantil*, 2005, p. 1079 ss.

ESTUPINAN CÀCERES R., *El proyecto de ley por el que se establecen medidas de lucha contra la morosidad ed las operaciones comerciales: aspectos básicos*, in *La Ley*, 2004, p. 10 ss.

EUGENIO SORIANO J., *La defensa de la competencia en Espana*, Madrid, 2007.

FABBIO P., *Osservazioni sull'ambito di applicazione del divieto di abuso di dipendenza economica sul controllo contenutistico delle condizioni generali di contratto tra imprese*, in *La nuova giurisprudenza civ. comm.*, 2007, p. 902 ss.

FABBIO P., *L'abuso di dipendenza economica*, Milano, 2006.

FAGES B. e MESTRE J., *L'influence du droit du marché sur le droit commun des obligations. L'emprise de droit de la concurrence sur le contrat*, in *R.T.D. Com.*, 1998, p. 73.

FAUCEGLIA G., *Il franchising: profili sistematici e contrattuali*, Milano, 1988.

FAVALE R., *Le clausole di forma scritta nelle condizioni generali di contratto: forma di protezione o di pregiudizio?*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 777 ss.

FAVALE R., *Forme "extralegali" e autonomia negoziale*, Napoli, 1994.

FEMIA P., *Nomenclatura del contratto o istituzione del contrarre?*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 144 ss.

FERRI G.B., *Il negozio giuridico*, Padova, 2001.

FERRI G.B., *Ordine pubblico, buon costume e teoria del contratto*, Milano 1970.

FERRI G.B., *Causa e tipo nella teoria del negozio giuridico*, Milano, 1966.

FERRI L., *L'autonomia privata*, Milano, 1959.

FINOCCHIARO G., *Il giudizio di equità nella giurisprudenza della corte costituzionale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 103 ss.

- FLAMINI A., *Viaggi organizzati e tutela del consumatore*, Napoli, 1999.
- FORMIGGINI A., *Il contratto di agenzia*, Torino, 1952.
- FOUILLÉ A., *La science sociale contemporaine*, Paris, 1884.
- FRANCESCHELLI V., *Subfornitura: un nuovo contratto commerciale*, in AA.VV., *Subfornitura*, a cura di V. Franceschelli, Milano, 1999, p. 1 ss.
- FRANZESE L., *Contratto negozio e lex mercatoria tra autonomia e eteronomia*, in *Riv. dir. civ.*, 1997, I, p. 771 ss.
- FRANZINA P., *Considerazioni sulla legge applicabile all'abuso di dipendenza economica*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2002, p. 230 ss.
- FRANZONI M., *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 88 ss.
- FRANZONI M., *Il dibattito attuale sul negozio giuridico in Italia*, in *Riv. trim. dir. e proc. civile*, 1995, p. 409 ss.
- FRIGNANI A., *Franchising. La nuova legge*, Torino, 2004.
- FRIGNANI A. e CAGNASSO O., *L'attuazione della Direttiva sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *I contratti*, 2003, p. 308 ss.
- FRIGNANI A., *Disciplina della subfornitura nella legge 192/98: problemi di diritto sostanziale*, in *I contratti*, 1999, p. 188 ss.
- FRISANI D., *Il franchising*, in *I contratti di distribuzione*, a cura di G. Cassano, Milano, 2006, p. 557 ss.
- GABRIELLI E., *Il consumatore e il professionista*, in *I contratti dei consumatori*, a cura di E. Gabrielli e E. Minervini, t. I, Torino, 2005, p. 5 ss.
- GABRIELLI E., *Mercato, contratto e operazione economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1044 ss.
- GABRIELLI E., *Sulla nozione di consumatore*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2003, p. 1149 ss.
- GABRIELLI E., *L'oggetto del contratto*, in *Il Codice civile commentario*, diretto a P. Schlesinger, Milano, 2001.
- GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.
- GALGANO F., *Il contratto*, Padova, 2007.
- GALGANO F., *Teorie ed ideologie del negozio giuridico*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Padova, 2005, p. 59 ss.

GALGANO F., *La categoria del contratto alle soglie del terzo millennio*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 919 ss.

GALGANO F., *Le professioni intellettuali e il concetto comunitario di impresa*, in *Contr. e impr. eu.*, 1997, p. 1 ss.

GALGANO F., *Squilibrio contrattuale e mala fede del contraente forte*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 417 ss.

GALGANO F., *Gli effetti del contratto*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Bologna, 1993.

GALGANO F., *Lex mercatoria*, Bologna, 1993.

GALGANO F., *Il negozio giuridico*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da Cicu e Messineo, Milano, 1988.

GALGANO F., *sub art. 41*, in F. GALGANO e S. RODOTÀ, *Rapporti economici*, Bologna, 1982, p. 1 ss.

GALGANO F., *L'imprenditore*, in V. AFFERNI, M. BIONE, F. CAVAZZUTI, R. COSTI, F. GALGANO, B. INIZIARTI, A. NIGRO, *L'impresa*, in *Trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, a cura di F. Galgano, Padova, 1978, p. 23 ss.

GAMBARO F.L. e MARTINI A., *La subfornitura cinque anni dopo*, in *Contr. e impr. eu.*, 2003, p. 512 ss.

GAMBARO F.L., *Disciplina dei pagamenti e subfornitura industriale*, in *Riv. dir. priv.*, 2003, p. 805 ss.

GAMBINI M., *Il nuovo statuto del consumatore europeo: tecniche di tutela del contraente debole*, in *Giur. merito*, 2004, p. 2605 ss.

GARCÌA AMIGO M., *Condiciones generales de los contratos (civiles y mercantiles)*, Madrid, 1969, p. 259 ss.

GARCÌA MANDALONIZ M., *La lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales: adaptación del ordenamiento jurídico español a la Directiva 2000/35/CE*, in *Not. UE*, 2004, p. 20 ss.

GARCÌA MARTÌNEZ G., *La explotaciòn abusiva de la situaciòn de dependencia econòmica come nuevo ilícito antitrust en la ley Espanola de la defensa de la competencia*, in *Rev. Del poder judicial*, n. 64, 2001, p. 310 ss.

GATT L., *Ambito di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, in AA.VV., *Commento al Capo XVI-bis Codice civile: dei contratti con i consumatori*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, Padova, 1997, p. 823 ss.

GAZZONI F., *Manuale di diritto privato*, Napoli, 2007.

GAZZONI F., *Atipicità del contratto, giuridicità dei negozi e funzionalizzazione degli interessi*, in *Riv. dir. civ.*, 1978, p. 52 ss.

GEMMA A., *Abuse of Economics depends between Competition and Contract law*, in *Eur. e dir. priv.*, 2000, p. 357 ss.

GENOVESE A., *Le condizioni generali di contratto*, Padova, 1954.

GENTILI A., *Le invalidità*, in *I contratti in generale*, t. II, a cura di E. Gabrielli, in *Trattato dei contratti*, diretto da P. Rescigno e E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 1407 ss.

GHEZZI G., *Del contratto di agenzia*, Bologna, 1970.

GHIDINI G., *La concorrenza sleale*, Torino, 2001.

GIANOLA A., *Autonomia privata e terzo contratto*, in *Autonomia privata individuale e collettiva*, a cura di P. Rescigno, Napoli, 2006, p. 131 ss.

GILMORE, *The death of contract*, traduzione di A. Fusaro, Milano, 1988.

GIOIA G., *I rapporti di subfornitura*, in *Giur. it.*, 1999, p. 671 ss.

GIOIA G., *Nuove nullità relative a tutela del contraente debole*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 1332 ss.

GIORDANO G., IANNELLI D., e SANTORO G., *Il contratto di agenzia e la mediazione*, Torino, 1974.

GIORGI V., *Art. 3 (Termini di pagamento)*, in *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 103 ss.

GIORGIANNI M., voce *Volontà*, in *ED*, XLVI, Milano, 1993, p. 1043 ss.

GIORGIANNI M., voce *Forma degli atti (dir. priv.)*, in *Enc. dir.*, XVII, Milano, 1968, p. 989.

GIORGIANNI M., *Il diritto privato e i suoi attuali confini*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1961, p. 399 ss.

GIORGIANNI M., *Lezioni di diritto civile*, Bologna, 1956.

GIORGIANNI V., *L'abuso del diritto nella teoria della norma giuridica*, Milano, 1963.

GITTI G. E DELFINI F., *Autonomia privata e tipizzazione contrattuale*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 471 ss.

GORLA G., *Il contratto*, Milano, 1953.

GRANIERI M., *Il contratto di rete: una soluzione in cerca del problema?*, in *I Contr.*, 2009, p. 934 ss.

GRANIERI M., *Qualche ulteriore considerazione sulla dipendenza progettuale-tecnologica del subfornitore (industriale)*, in *Foro it.*, 2000, pt. I, p. 633 ss.

GRASSO B., *La forma tra regola ed eccezione*, in *Rass. dir. civ.*, 1986, p. 49 ss.

GRAZIOSO E., *La tutela del consumatore contro le clausole abusive: mezzi rituali ed irrituali*, Milano, 2002.

GRAZZINI B., *Abuso di dipendenza economica e obbligo a contrarre*, Milano, 2008.

GRAZZINI B., *Contratto di subfornitura: forma e contenuto*, in C. BERTI e B.

GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005, p. 50 ss.

GRAZZINI B., *Sub. art. 9 Abuso di dipendenza economica*, in C. BERTI e B. GRAZZINI, *La disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, Milano, 2005, p. 173 ss.

GRISI G., *L'autonomia privata. Diritto dei contratti e disciplina costituzionale dell'economia*, Milano, 1999.

GRISI G., *L'obbligo precontrattuale di informazione*, Napoli, 1990.

GRONDONA M., *Buona fede e solidarietà: giustizia contrattuale e poteri del giudice sul contratto: annotazioni a margine di un obiter dictum della Corte di Cassazione*, in *Riv. del dir. comm. e del dir. gen. obbl.*, 2003, p. 242 ss.

GRONDONA M., *Dalla Direttiva n. 2000/35/CE al d.lgs 9 ottobre 2002, n. 231, in I ritardi pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2003, p. 1 ss.

GRONDONA M., *Termini di pagamento e interessi da ritardo*, in *I ritardi pagamento nelle transazioni commerciali*, a cura di A.M. Benedetti, Torino, 2003, p. 49 ss.

GUARINO G., *Pubblico e privato nella economia. La sovranità tra Costituzione e istituzioni comunitarie*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, p. 21 ss.

GUARNIERI A., voce *Ordine pubblico*, in *Dig. Disc. Priv.*, sez. civ., Torino, 1995, p. 154 ss.

GUERRINI L., *Sulla violazione degli obblighi di informazione in materia di affiliazione commerciale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 1263 ss.

GUTIÉRREZ A., *Sub. Art. 2*, in *Comentario a la ley de defensa de la competencia*, Madrid, 2008, p. 111 ss.

IAMICELI P., *Il contratto di rete tra percorsi di crescita e prospettive di finanziamento*, in *Contr.*, 2009, p. 942 ss.

IANNELLI A., *Stato della persona e atti dello stato civile*, Napoli, 1984.

IRTI N., *L'ordine giuridico del mercato*, Roma-Bari, 1998.

IRTI N., *Studi sul formalismo negoziale*, Padova, 1997.

IRTI N., in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996, p. 91 ss.

IUDICA G., *Commento alla legge n. 192/98*, in *I Contratti*, 1998, p. 411 ss.

IUDICA G., *Risoluzione per inadempimento*, in *Riv. dir. civ.*, 1991, p. 745 ss.

JANNARELLI A., *La disciplina dell'atto e dell'attività: i contratti tra imprese e tra imprenditori e consumatori*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, v. III, Padova, 2003, p. 3 ss.

LA ROSA E., *La nullità di protezione dal sistema del codice alla normativa europea: i nuovi parametri del giudizio di meritevolezza*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007, p. 505 ss.

LA SPINA A., *La nullità relativa degli accordi in materia di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Rass. dir. civ.*, 2003, p. 117 ss.

LALAGUNA DOMÍNGUEZ E., *Estudios de derecho civil. Obligaciones y contratos*, Valencia, 1993.

LANZILLO R. e RICCIO A., *Rescissione del contratto*, in *Commentario al codice civile Scialoja-Branca*, Bologna-Roma, 2005.

LAZZARELLI F., *Dipendenza tecnologica e dipendenza economica*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, p. 101 ss.

LECCESE R., *Sub. Art. 1*, in *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 4 ss.

LECCESE R., *Nozione e contenuto del contratto*, in *La subfornitura nelle attività produttive*, a cura di V. Cuffaro, Napoli, 1998, p. 3 ss.

LISERRE A., *Tutele costituzionali dell'autonomia privata*, Milano, 1971.

LO FIEGO M., *Sub. Art.1469 bis comma 3*, in *Materiali e commenti del nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 13 ss.

LONGU T., *Il divieto di abuso di dipendenza economica nei rapporti tra le imprese*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 345 ss.

LOPILATO V., *Questioni attuali sul contratto*, Milano, 2004.

LORDI A., *Sulla ragionevolezza dei termini di pagamento nella sub contrattazione: profili comparativi*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 717 ss.

LUCCHINI GUASTALLA E., *Sul rapporto tra parte generale e parte speciale della disciplina del contratto*, in *Riv. trim. dir. e proc. Civ.*, 2004, p. 821 ss.

LUMINOSO A., *Il contratto nell'Unione europea: inadempimento, risarcimento del danno e rimedi sinallagmatici*, in *I contr.*, 2002, p. 1037 ss.

MACARIO F., *Il "contratto" e la "rete": brevi note sul riduzionismo legislativo*, in *I Contr.*, 2009, p. 951 ss.

MACARIO F., *Abuso di autonomia negoziale e disciplina dei contratti tra imprese: verso una nuova clausola negoziale?*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 663 ss.

MACARIO F., *Rischio contrattuale e rapporti di durata nel nuovo diritto dei contratti: dalla presupposizione all'obbligo di rinegoziare*, in *Riv. dir. civ.*, 2002, p. 63 ss.

MACARIO F., *Norme di attuazione di direttive comunitarie in materia di credito al consumo. Artt. 121-126 d.lg. 1 settembre 1993, n. 385 – Testo unico delle leggi in materia bancaria e creditizia – Commento all'art. 121 (Nozione)*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 1994, p. 769 ss.

MAFFEIS D., *Il contraente e la disparità di potere delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 281 ss.

MAFFEIS D., *Abuso di dipendenza economica e grave iniquità dell'accordo sui termini di pagamento*, in *I contratti*, 2003, p. 623 ss.

MAFFEIS D., *Ambito soggettivo di applicazione degli artt. 1469- bis e seguenti c.c.*, in *I contratti*, 2000, p. 444 ss.

MARASCO P.G., *La rinegoziazione e l'intervento del giudice nella gestione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 539 ss.

MARIANI A., *Note in tema di subfornitura nelle attività produttive*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2000, p. 109 ss.

MARINI G., voce *Rescissione (diritto vigente)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1988, p. 966 ss.

MARRELLA F., *Nuovi sviluppi dei principi Unidroit sui contratti commerciali internazionali nell'arbitrato CCI*, in *Contr. e impr. eu.*, 2002, p. 40 ss.

MARRELLA F., *Lex mercatoria e Principi Unidroit. Per una ricostruzione sistematica del diritto del commercio internazionale*, in *Contr. e impr. eu.*, 2000, p. 29 ss.

MARTINICO G., *Il principio costituzionale di proporzionalità nella "complessa" dialettica comunitaria*, in *Dir. pubb. comp. e eur.*, 2005, p. 1474 ss.

MARTULLO DI CONDOJANNI S., *Considerazioni in tema di equità e spazio giuridico autonomo*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 191 ss.

MASSAGUER FUENTES J., *Comentario a la ley de competencia desleal*, Madrid, 1999.

MASTRANDREA M., *Riduzione della penale ex officio: una lettura costituzionalmente orientata dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 824 ss.

MATTEI U., *Il nuovo diritto europeo dei contratti, tra efficienza ed eguaglianza. Regole dispositive, inderogabili e coercitive*, in *Riv. crit. Dir. priv.*, 1999, p. 611 ss.

MAUGERI M.R., *Reti di impresa e contratto di rete*, in *I Contr.*, 2009, p. 957 ss.

MAUGERI M.R., *Abuso di dipendenza economica e autonomia privata*, Milano, 2003.

MAZZAMUTO S., *Il diritto civile europeo e i diritti nazionali: come costruire l'unità nel rispetto delle diversità*, in *Contr. e impr. eu.*, 2005, p. 523 ss.

MAZZIOTTI DI CELSO A., *sub. Art. 9*, in AA.VV., *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 237 ss.

MAZZONE M., *Le associazioni temporanee di imprese*, Roma, 1985.

MAZZONI C.M., *Principio volontaristico e posizione dei soggetti*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 194 ss.

MEDICI C., *Ritardi nei pagamenti e clausole in deroga: protezione oltre il segno?*, in *Obbl. e contr.*, 2008, p. 902 ss.

MENGONI L., *La direttiva 2000/35/CE in tema di mora debendi nelle obbligazioni pecuniarie*, in *Eu. e dir. priv.*, 2001, p. 73 ss.

MENGONI L., *Persona e iniziativa economica privata nella costituzione*, in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996, p. 33 ss.

MERUZZI G., *L'exceptio doli*, Padova, 2005.

MERUZZI G., *Funzione nomofilattica della suprema Corte e criterio di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 25 ss.

MERUZZI G., *Il contratto usurario tra nullità e rescissione*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 410 ss.

MESSINEO F., *Il contratto in genere*, in *Trattato di diritto civile e commerciale*, diretto da A. Cicu e F. Messineo, Milano, 1973.

MESSINEO F., voce *Contratto*, in *ED*, IX, Milano, 1961, p. 936 ss.

MESSINETTI D., voce *"Abuso del diritto"*, in *Enc. dir., aggiornamento*, II, Milano, 1998, p. 1 ss.



MINERVINI E., *Status delle parti e disciplina del contratto*, in *Obbligazioni e contratti*, 2008, p. 8 ss.

MINERVINI E., *Tutela del consumatore e clausole vessatorie*, Napoli, 1999.

MINERVINI E., *La rescissione del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 1997, p. 764 ss.

MIQUEL J.M., *sub. art. 8*, in A. MENÉNDEZ MENÉNDEZ, L. DÍEZ-PICAZO e DE LEÓN P., *Comentarios a la ley sobre condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002, p. 446 ss.

MIRABELLI G., *Dei singoli contratti*, Torino, 1960.

MIRABELLI G., voce *Rescissione (diritto civile)*, in *Nov. Dig. It.*, Torino, 1957, p. 579.

MIRANDA SERRANO L.M., *Aplazamientos de pago y morosidad entre empresas*, Madrid, 2008.

MIRIELLO C., *La buona fede oltre l'autonomia contrattuale: verso un nuovo concetto di nullità?*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 284 ss.

MISCIONE M., *Nozione del contratto di agenzia: evoluzione nella legge e nella giurisprudenza*, in *Trattato Rescigno*, IV, 12, p. 249 ss.

MONTEMAGGI S., *Responsabilità precontrattuale e contratto abusivo*, in *I contr.*, 2008, p. 617 ss.

MONTICELLI S., *Considerazioni sui poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 215 ss.

MORELATO E., *Neoformalismo e trasparenza contrattuale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 592 ss.

MOUSSERON J.M. e SELINSKY V., *Le droit français nouveau de la concurrence*, Parigi, 1988, p.105 ss.

MUSSO A., *La subfornitura*, Bologna, 2003.

NATALI C., *L'abuso di dipendenza economica nel sistema italiano e francese*, in *I contratti*, 2006, p. 931 ss.

NATALI C., *Abuso di dipendenza economica e "debolezza" relativa all'impresa subfornitrice*, in *I Contratti*, 2005, p. 896 ss.

NATOLI R., *Brevi note sull'abuso di dipendenza economica "contrattuale"*, in *Giur. it.*, 2003, p. 724 ss.

NATOLI U., *L'attuazione del rapporto obbligatorio*, I, Milano, 1974.

NAVARRETTA E., *Luci e ombre nell'immagine del terzo contratto*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 317 ss.

NAVARRETTA E., *La complessità dei rapporti fra interessi e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *La nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 415 ss.

NAVARRETTA E., *Causa e giustizia contrattuale a confronto: prospettive di riforma*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 411 ss.

NICOLINI G., *Subfornitura e attività produttive*, Milano, 1999.

NICOLÒ R., voce *Diritto civile*, in ED, XII, Milano, 1964.

NICOLUSSI A., *I consumatori negli anni settanta del diritto privato. Una retrospettiva problematica*, in *Europa e diritto privato*, 2007, p. 901 ss.

NUZZO M., *Tutela del consumatore e disciplina generale del contratto*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. 831 ss.

OPPO G., *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, p. 841 ss.

OPPO G., *Impresa e mercato*, in *Rivista di diritto civile*, 2001, p. 421 ss.

OPPO G., *Lo squilibrio contrattuale tra diritto civile e diritto penale*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 533 ss.

OPPO G., *La direttiva comunitaria sul credito al consumo*, in *Riv. dir. civ.*, 1987, p. 537 ss.

ORLANDI M., *Dominanza relativa e illecito commerciale*, in AA.VV., *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 144 ss.

ORMANNI A., voce *Forma del negozio giuridico*, in *Nov. Dig. Ita*, Torino, 1961, p. 557 ss.

OSTI C., *Primo affondo dell'abuso di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, p. 2183 ss.

OTAMENDI RODRÌGUEZ BETHENCORT J.J., *Competencia disleale. Analisis de la ley 3/1991*, Aranzadi, 1992, p. 150 ss.

PACE A., *Libertà "del" mercato e "nel" mercato*, in *Politica del diritto*, 2003, p. 327 ss.

PADOVINI F., *La nuova disciplina della subfornitura nelle attività produttive*, in *Studium iuris*, 1999, p. 1 ss.

PALMIERI A., *Abuso di dipendenza economica: battuta d'arresto o pausa di riflessione?*, in *Danno e responsabilità*, 2004, p. 430 ss.

PALMIERI A., *Abuso di dipendenza economica: dal “caso limite” alla (drastica) limitazione dei casi di applicazione del divieto?*, in *Foro it.*, 2002, p. 3209 ss.

PALMIERI A., *Rifiuto (tardivo) di fornitura, vessazione del proponente ed eliminazione delle alternative: un caso limite di dipendenza economica*, in *Foro it.*, 2002, p. 2179 ss.

PALMIERI A., *La minorità tecnologica quale presupposto essenziale per l'applicazione degli strumenti di protezione previsti dalla legge sulla subfornitura*, in *Foro it.*, 2000, p. 626 ss.

PANDOLFINI V., *Gli obblighi informativi nella nuova legge sul franchising*, in *I contr.*, 2005,

PANDOLFINI V., *Il nuovo tasso di interesse legale per i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali (art. 5 D.Lgs. n. 231/02)*, in *Giur. it.*, 2003, p. 2414 ss.

PANDOLFINI V., *La nuova normativa sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, Milano, 2003.

PANZARINI G., *Giudizi e arbitrati di equità: l'emersione nel diritto e nell'economia di consolidati elementi di concreta percezione e di specifica utilizzazione dell'equità*, in *Contr. e impr.*, 2007, p. 798 ss.

PAPPALARDO A., *Il diritto comunitario della concorrenza*, Torino, 2007.

PARDOLESI R., *Analisi economica e diritto dei contratti*, in *Politica del diritto*, 1978, p. 699 ss.

PATTI S., *Le condizioni generali del contratto e i contratti dei consumatori*, in *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, 2006, p. 325.

PATTI G. e PATTI S., *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*, in *Il codice civile commentato*, diretto da P. Schlesinger, Milano, 1993.

PATTI S., voce *Abuso del diritto*, in *Dig. Disc. Priv., sez. civ. v. I*, Torino, 1989, p. 1 ss.

PERASSI M., *Decreto legislativo 10 settembre 1991, n. 303. Attuazione della direttiva 86/653/CEE relativa al coordinamento dei diritti degli Stati membri concernenti gli agenti commerciali indipendenti*, in *Le Nuove leggi civili commentate*, 1992, p. 533 ss.

PERCHINUNNO R., *Profili generali*, in *Trattato di diritto privato europeo*, a cura di N. Lipari, v. IV, Padova, 2003, p. 3 ss.

PÉREZ-BUSTAMANTE KOSTER J., *La explotación abusiva de la situación de dependencia económica en la ley de defensa de la competencia: examen crítico del nuevo precepto*, in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 205/2000, p. 34 ss.

- PERFETTI U., *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005.
- PERLINGIERI P., *Il diritto civile nella legalità costituzionale*, Napoli, 2006.
- PERLINGIERI P., *Equità e ordinamento giuridico*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 1149 ss.
- PERLINGIERI P., *Istituzioni di diritto civile*, Napoli, 2003.
- PERLINGIERI P., *Diritto comunitario e legalità costituzionale*, Napoli, 2002.
- PERLINGIERI P., *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ss.
- PERLINGIERI P., *Nuovi profili del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2000, p. 545 ss.
- PERLINGIERI P., *Forma dei negozi e formalismo degli interpreti*, Napoli, 1987.
- PERLINGIERI P., *L'incidenza dell'interesse pubblico nella negoziazione privata*, in *Rass. dir. civ.*, 1986.
- PERLINGIERI P., *Produzione scientifica e realtà pratica: una frattura da evitare*, in *Riv. dir. comm.*, 1969, I, p. 455 ss.
- PESCATORE V., *Clausola «di irriducibilità» della penale ed estensione analogica dell'art. 1384 c.c.*, in *Obbl. e contr.*, 2007, p. 892 ss.
- PESCATORE V., *Riduzione d'ufficio della penale e ordine pubblico economico*, in *Obbl. e contr.*, 2006, p. 415 ss.
- PIERAZZI E.M., *La giustizia del contratto*, in *Contratto e impr.*, 2005, p. 647 ss.
- PIERGIOVANNI M., *Aspetti e problemi della disciplina della subfornitura nella prospettiva comunitaria e comparativa*, in *Contr. e impr. eu.*, 2000, p. 122 ss.
- PINA C., *Mutamento della giurisprudenza della Corte di Cassazione in tema di obbligazioni pecuniarie*, in *Giur. it.*, 1979, p. 1115 ss.
- PINTO V., *L'abuso di dipendenza economica "fuori dal contratto" tra diritto civile e diritto antitrust*, in *Riv. dir. civ.*, 2000, p. 389 ss.
- POLIDORI S., *Principio di proporzionalità e disciplina dell'appalto*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 686 ss.
- POLIDORI S., *Discipline della nullità e interessi protetti*, Napoli, 2001.
- PONTIROLI L., *La protezione del "contraente debole" nei Principles of International Commercial Contracts di Unidroit: much ado about nothing?*, in *Giur. comm.*, 1997, p. 566 ss.
- PRATI L. E CARDINI A., *I rapporti di subfornitura*, Milano, 1999.

PROSPERI F., *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 936 ss.

PROSPERI F., *Il contratto di subfornitura e l'abuso di dipendenza economica*, Napoli, 2002.

PROSPERI F., *Subfornitura industriale, abuso di dipendenza economica e tutela del contraente debole: i nuovi orizzonti della buona fede contrattuale*, in *Rass. dir. civ.*, 1999, p. 639 ss.

PUGLIATTI S., voce *Diritto pubblico e diritto privato*, in *ED*, XII, Milano, 1964, p. 696.

PUGLIATTI S., voce *Autonomia privata*, in *ED*, IV, Milano, 1959, p. 366 ss.

PULGAR EZQUERRA J., *El Proyecto de Ley de medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales y la nueva legislación concursal*, in *Actualidad Jurídica*, 2003, p. 1 ss.

PUTTI P.M., *Artt. 6/7 (Nullità di clausole e proprietà)*, in *La subfornitura*, a cura di G. Alpa e A. Clarizia, Milano, 1999, p. 182 ss.

QUADRI R., "Nullità" e tutele del "contraente debole", in *Contr. e impr.*, 2001, p. 1143 ss.

QUARTICELLI P., *Abuso di dipendenza economica ed "estorsione" post-contrattuale*, in *I contratti*, 2007, p. 114 ss.

QUATTROCCHIO L., *Forma e contenuto del contratto*, in *Norme per la disciplina dell'affiliazione commerciale*, Torino, 2005.

RACCHIUSA P., *Governo dell'autonomia negoziale nelle relazioni contrattuali tra imprese*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema di contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007, p. 319 ss.

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, Bologna, 1998.

RESCIGNO P., *Introduzione al codice civile*, Bari, 1991.

RESCIGNO P., "Trasparenza" bancaria e diritto comune dei contratti, in *Banca borsa e titoli di credito*, 1990, p. 297 ss.

RESCIGNO P., *Appunti sull'autonomia negoziale*, in *Giur. it.*, 1978, c. 113 ss.

RESCIGNO P., *L'abuso del diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1965, p. 205 ss.

RICCIO A., *Gli interessi moratori previsti dalla disciplina sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali e le norme sull'usura*, in *Contr. e impr.*, 2004., p. 1310 ss.

- RICCIO A., *L'equità correttiva è, dunque, assunta a regola generale*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 927 ss.
- RICCIO A., *La mora non imputabile in materia di obbligazioni pecuniarie*, in *Contr. e impr.* 2002, p. 1307 ss.
- RICCIO A., *E', dunque, venuta meno l'intangibilità del contratto: il caso della penale manifestatamente eccessiva*, in *Contr. e impr.*, 2000, p. 95 ss.
- RICCIO A., *Il controllo giudiziale della libertà contrattuale: l'equità correttiva*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 939 ss.
- RINALDI R. e TURRITO F., *L'abuso di dipendenza economica*, in *La disciplina del contratto di subfornitura nella legge n. 192/98*, a cura di P. Sposato e M. Coccia, Torino, 1999, p. 124.
- RIZZO V., *Le "clausole abusive" nell'esperienza tedesca, francese, italiana e nella prospettiva comunitaria*, Napoli, 1994.
- RIZZO V., *Trasparenza e "contratti dei consumatori" (la novella al Codice civile)*, Napoli, 1992.
- RIZZO V., *Condizioni generali del contratto e predisposizione normativa*, Napoli, 1983.
- ROBLES M., *Abuso del diritto e dinamiche sanzionatorie nella prospettiva costituzionale*, in *Studi in onore di Davide Messinetti, v. II*, a cura di F. Ruscello, Napoli, 2009, p. 331 ss.
- ROCCO DI TORREPADULA N., *Sulla nozione di consumatore*, in *I contratti*, 2007, p. 1074 ss.
- RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Milano, 2004.
- RODRÌGUEZ ARTIGAS F., *El àmbito de aplicaciòn de la ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contrataciòn*, in *Las condiciones generales de la contrataciòn y la ley 7/1998, de 13 de abril*, Barcellona, 1999.
- RODRÌGUEZ MATAS M.J. e VEGA PENICHET L., in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 243, 2006, p. 77 ss.
- ROLLI R., *Le attuali prospettive di "oggettivizzazione dello scambio": verso la rilevanza della "congruità dello scambio contrattuale"?*, in *Contr. e impr.*, 2001, p. 611 ss.
- ROMANO S., voce *Abuso di diritto*, in *ED*, vol. I, Milano, 1958, p. 166 ss.
- ROMERO CANDAU P., *Medidas de lucha contro la morosidad en las operaciones comerciales*, Madrid, 2006.
- ROPPO V., *Il contratto nel duemila*, Torino, 2005.

ROPPO V., *Contratto di diritto comune, contratto del consumatore, contratto con asimmetria di potere contrattuale: genesi e sviluppi di un nuovo paradigma*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 772 ss.

ROPPO V., *Il contratto*, in *Tratt. Dir. priv.*, a cura di G. Iudica e P. Zatti, Milano, 2001, p. 904 ss.

ROPPO V., *Il contratto*, Bologna, 1977.

ROSSELLI G., *Il contratto di agenzia*, Torino, 2000, p. 33 ss.

ROSSI G., *I ritardi di pagamento imputabili al debitore*, in *Contr. e impr.*, 2004, p. 567 ss.

ROTONDI E., *Il contratto di agenzia nella giurisprudenza*, Milano, 1989.

ROVELLI L., *La responsabilità precontrattuale*, in *Il contratto in generale*, t. II, a cura di G. Alpa, G. Chiné, F. Gazzoni, F. Realmonte, L. Rovelli, in *Trattato di diritto privato*, diretto da M. Bessone, Torino, 2000, p. 201 ss.

RUSCELLO F., *Istituzioni di diritto privato*, vol. I, 3 ed., Milano, 2008.

RUSSO E., *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, « terzo contratto »*, in *Contratto e impresa*, 2009, p. 120 ss.

RUSSO E., *La nuova disciplina dei ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Contr. e impr.*, 2003, p. 445 ss.

SACCO R., *Contratto, autonomia, mercato*, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il Contratto*, in *Trattato di diritto civile*, diretto da R. Sacco, Torino, 2005, p. 16 ss.

SACCO R., *Le invalidità*, in R. SACCO E G. DE NOVA, *Il contratto*, t. II, in *Tratt. Dir. civ.*, diretto da R. Sacco, Torino, 2004, p. 475 ss.

SACCO R., *Concordanze e contraddizioni in tema di inadempimento contrattuale (una veduta d'insieme)*, in *Eu. e dir. priv.*, 2001, p. 131 ss.

SALVI C., voce *Abuso del diritto*, in *Enc. giur.*, vol. I, Roma, 1988, p. 1 ss.

SALVI C., *Introduzione*, in *Categorie giuridiche e rapporti sociali*, a cura di C. Salvi, Milano, 1978, p. 9 ss.

SALVI G., *“Accordo gravemente iniquo” e “riconduzione ad equità” nell’art. 7, d.lgs. n. 231 del 2002*, in *Contr. e impr.*, 2006, p. 166 ss.

SANGIOVANNI V., *Contratto di agenzia e nozione di “agente commerciale”. Una comparazione con il diritto tedesco*, in *Giur. it.*, 2005, c. 1987 ss.

SANTORI PASSARELLI F., *Dottrine generali di diritto civile*, Napoli, 1964.

- SANTORO PASSARELLI F., voce *Autonomia collettiva*, in ED, IV, Milano, 1959, p. 369 ss.
- SANTOS BRIZ J., *Sub art. 1100*, in *Comentario del Còdigo civil*, a cura di I. Sierra Gil De la Cuesta, Barcellona, 2006, p. 130 ss.
- SARACINI E. e TOFFOLETTO F., *Il contratto di agenzia*, in *Il codice civile commentato*, a cura di P. Schlesinger, Milano, 1996.
- SARACINI E., *L'obbligo a contrarre del preponente*, in *Riv. it. dir. lav.*, 1984, p. 253 ss.
- SCALISI V., *Il diritto europeo dei rimedi: invalidità e inefficacia*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, p. 843 ss.
- SCALISI V., *Il contratto e le invalidità*, in *Riv. dir. civ.*, 2006, p. 237 ss.
- SCALISI V., *Categorie e istituti del diritto civile nella transizione al postmoderno*, Milano, 2005.
- SCALISI V., *Contratto e regolamento nel piano d'azione delle nullità di protezione*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, p. 459 ss.
- SCALISI V., *Nullità e inefficacia nel sistema europeo dei contratti*, in *Eu. e dir. priv.*, 2001, p. 489 ss.
- SCARPELLO A., *Determinazione dell'oggetto; arbitraggio; ius variandi*, in *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 1999, p. 346 ss.
- SCARSO A.P., *Abuso di dipendenza economica, autonomia contrattuale e diritto antitrust – I parte*, in *Resp. civ. e prev.*, 2008, p. 261 ss.
- SCARSO A.P., *Il contraente debole*, Torino, 2006.
- SCHLESINGER P., *L'autonomia privata e i suoi limiti*, in *Giur. it.*, 1999, c. 229 ss.
- SCOGNAMIGLIO R., *Contratti in generale*, Milano, 1980.
- SCOTTI U., *Aspetti di diritto sostanziale del d.lgs. 9 ottobre 2002, n. 251, "Attuazione della direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali". Aspetti di diritto sostanziale*, in *Giur. merito*, 2003, p. 603 ss.
- SENIGAGLIA R., *Accesso alle informazioni e trasparenza*, Padova, 2007.
- SIMONE S.G., *"Contratti d'impresa e favor creditoris"*, in *Rass. dir. civ.*, 2004, p. 291 ss.



SMORTO G., *Autonomia contrattuale e diritto europeo*, in *Eu. e dir. priv.*, 2007, p. 325 ss.

SPOTO G., *L'attuazione della Direttiva sui ritardi nei pagamenti. A) Italia*, in *Eu. e dir. priv.*, 2004, p. 161 ss.

STANZIONE P., *La tutela del consumatore tra liberismo e solidarismo*, Napoli, 1998.

STOLFI G., *Teoria del negozio giuridico*, Padova, 1947.

TALLARO F., *La rescissione: riflessioni in materia alla luce anche dell'art. 644 c.p. e del principio, di derivazione comunitaria, di proporzionalità*, in *Studium iuris*, 2006, p. 409 ss.

TANZARELLA E., *La nuova disciplina del franchising*, in *Rass. Dir. civ.*, 2005, p. 559 ss.

TASSONE B., *Non solo moda (ma anche rewriting contrattuale): commento alla prima decisione in materia di abuso di dipendenza economica*, in *Danno e responsabilità*, 2002, p. 768 ss.

TERRANOVA C.G., *L'eccessiva onerosità nei contratti*, Milano, 1995.

TIMOTEO M., *Nuove regole in materia di squilibrio contrattuale: l'art. 3.10 dei Principi Unidroit*, in *Contr. e impr.*, 1997, p. 141 ss.

TODARO V., *Buona fede contrattuale: nuovi sviluppi della Cassazione*, in *Contr. e impr.*, 2005, p. 579 ss.

TOMMASINI R., *Introduzione*, in *Autonomia privata e strumenti di controllo nel sistema dei contratti*, a cura di R. Tommasini, Torino, 2007, p. XV ss.

TOMMASINI M., *Regole contrattuali e tutela dell'agente di commercio*, Torino, 2002.

TRECCANI M., *Subfornitura e abuso di dipendenza economica: i presupposti ed i rimedi*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 704 ss.

TRIPODI E.M., *Agenti di commercio: continua il dilemma tra la validità del contratto e l'obbligo di iscrizione al ruolo*, in *Corriere giuridico*, 2002, p. 1301 ss.

TROMBETTA A., *Freedom of contracts: ascesa e caduta di un principio*, in *Riv. dir. civ.*, 1984, p. 155 ss.

TUCCI G. E CALIA C., *La subfornitura in Italia: sette anni di applicazione della legge 18 giugno 1998, n. 192*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 99 ss.

TULLIO A., *La subfornitura industriale: considerazioni in merito all'ambito di applicazione e alla forma del contratto di subfornitura*, in *Giustizia civile*, 1999, p. 251 ss.

- VALENTINO D., *Gli obblighi di informazione*, Napoli, 1999.
- VALLE L., *Progetti per la realizzazione di un diritto comune europeo dei contratti*, in *Contr. e impr. eu.*, 2000, p. 683 ss.
- VÀZQUEZ DE CASTRO E., *Determinación del contenido del contrato: presupuestos y límite de la libertad contractual*, Valencia, 2002.
- VENCHIARUTTI A., *La normativa in tema di ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali. Profili generali*, in *I ritardi nei pagamenti*, a cura di D. Stevanato e A. Venchiarutti, Milano, 2004, p. 1 ss.
- VENOSTA F., *Profili del neoformalismo negoziale: requisiti formali diversi dalla semplice scrittura*, in *Obbl. e contratti*, 2008, p. 872 ss.
- VENOSTA F., *Le nullità contrattuali nell'evoluzione del sistema*, Milano, 2004.
- VENUTI M.C., *Nullità della clausola e tecniche di correzione del contratto*, Padova, 2004.
- VERONESE B., *Franchising e tutela delle informazioni aziendali riservate*, in *Giur. it.*, 2008, p. 2749 ss.
- VETTORI G., *Giustizia e rimedi nel diritto europeo dei contratti*, in *Eu. e dir. priv.*, 2006, p. 53 ss.
- VETTORI G., *I contratti di distribuzione fra legge di protezione e regole di concorrenza*, in *Obbl. e contratti*, 2005, p. 9 ss.
- VETTORI G., *Libertà di contratto e disparità di potere*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 743 ss.
- VETTORI G., *Squilibrio e usura nei contratti*, in *Squilibrio e usura nei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 2002, p. 1 ss.
- VETTORI G., *Autonomia privata e contratto giusto*, in *Riv. dir. priv.*, 2000, p. 20 ss.
- VETTORI G., *Introduzione*, in *Materiali e commenti sul nuovo diritto dei contratti*, a cura di G. Vettori, Padova, 1999, p. XVII ss.
- VETTORI G., in *Persona e mercato*, a cura di G. Vettori, Padova, 1996, p. 93.
- VIGLIONE R., *Intermediari negligenti e strumenti di protezione dei risparmiatori: la risposta delle sezioni unite*, in *Studium iuris*, 2008, p. 536 ss.
- VILLA G., *Invalidità e contratti tra imprenditori*, in *Il terzo contratto*, a cura di G. Gitti e G. Villa, Bologna, 2008, p. 113 ss.
- VILLAGÓMEZ RODIL A., *Competencia disleale*, Granada, 2000.

VILLETTA A., *Le nullità virtuali*, in *Le nullità negoziali*, a cura di L. Ferroni, Milano, 1998, p. 611 ss.

VISINTINI G., *Inadempimento e mora del debitore*, Milano, 2006.

VOGEL L., *Droit de la concurrence*, Parigi, 2005-2006.

VOLPE F., *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004.

VOLPE F., *La rilevanza dello squilibrio contrattuale nel diritto dei contratti*, in *Riv. dir. priv.*, 2002, p. 303 ss.

VOLPE F., *I principi Unidroit e l'eccessivo squilibrio del contenuto contrattuale (Gross disparity)*, in *Riv. dir. priv.*, 1999, p. 40 ss.

VULLO E., *Le disposizioni processuali del d.legisl. 9 ottobre 2002, n. 231, sui ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2003, p. 19 ss.

ZACCARIA A., *La direttiva 2000/35/CE relativa alla lotta contro i ritardi di pagamento nelle transazioni commerciali*, in *Studium iuris*, 2001, p. 259 ss.

ZANELLI P., *Il contratto di franchising*, in *Trattato di diritto privato*, t. XI, diretto da P. Rescigno, Torino, 2000, p. 141 ss.

ZUDDAS G., *Il contratto di agenzia*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2005.

ZUDDAS G., *Somministrazione, concessione di vendita, franchising*, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da V. Buonocore, Torino, 2003.